MANUALE DI
DIRITTO PENITENZIARIO

PREMESSA

L'attuale assetto della legislazione in materia di ordinamento penitenziario mostra ormai il deciso superamento dell'idea secondo cui occorreva tenere distinte la materia del **diritto penitenziario** – che sotto altra veste veniva confusa con quella strettamente processuale del *diritto dell'esecuzione* – dal **diritto penale sostanziale** – che si identifica con la fase dell'attuazione della sentenza di condanna come titolo esecutivo della pena –.

La disciplina del diritto penitenziario ha ormai acquisito una dimensione normativa e dommatica autonoma che rileva attraverso una duplice e contemporanea prospettiva: di tipo sostanziale e di tipo processuale[1].

Il diritto penitenziario veniva originariamente considerato un settore del diritto amministrativo, come il complesso disciplinare finalizzato a regolare l'organizzazione degli uomini e dei mezzi all'interno di un istituto carcerario attraverso la sempre più complessa normativa contenuta nella legge sull'Ordinamento Penitenziario. Tuttavia, i criteri organizzativi della vita carceraria non possono più prescindere dai canoni che ispirano le scelte costituzionali di esecuzione della pena, per cui i principi che governano una materia finiscono per incidere sostanzialmente anche sull'altra[2].

Del resto la tradizione legislativa italiana ha sempre ritenute complementari le due discipline, e addirittura per molti versi integrate, come venne del resto confermato in occasione della entrata in vigore dei codici penali del 1930. Se dunque il nodo già appariva inestricabile in origine, tra le regole dell'organizzazione della vita carceraria e la disciplina dell'attuazione del titolo esecutivo della pena, viene in tal modo confermato che i confini del diritto processuale penale appaiono attualmente travalicati da quelli del diritto sostanziale. Una tale prospettiva impone che la concreta esecuzione della pena detentiva non può non conformarsi ai principi del

diritto penale sostanziale e soprattutto ai principi costituzionali che costituiscono il paradigma fondamentale della funzione della pena che esprime la necessità di coltivare le finalità di rieducazione e di risocializzazione della persona condannata [3].

In questo modo anche le enunciazioni della nostra Carta fondamentale hanno contribuito ad eliminare il diaframma tra la fase di scelta della sanzione detentiva da irrogare e quella della effettiva e concreta esecuzione della pena attraverso le modalità di efficacia del titolo esecutivo. Peraltro, l'esigenza del rispetto dei principi costituzionali ha finito per annullare qualsiasi separazione tra il diritto penale, sostanziale e processuale, e il diritto amministrativo posto a disciplinare il settore di intervento degli organi di governo della organizzazione penitenziaria. In buona sostanza, tutte le discipline dei diversi settori che intervengono a regolare situazioni relative alla vita dell'uomo detenuto all'interno di una struttura carceraria, dovranno uniformarsi al dettato e ai principi sanciti dalla Costituzione che esprimono il rispetto della **dignità** e dei **diritti fondamentali** dell'individuo, oltre all'azione di promozione sociale della persona umana attraverso il conseguimento delle finalità rieducative della pena [4].

Le norme costituzionali che ricorrono a tale proposito sono diverse e tutte informate al principio di solidarietà umana e sociale che anima l'intero dettato della Costituzione italiana e che viene espresso all'art. 2, nel quale i diritti dell'uomo vengono affermati come fondamentali e inderogabili.

Il complesso disciplinare delle norme fondamentali offre, dunque, la chiave di lettura della disposizione del III comma dell'art. 27 Cost., laddove viene sancito che le pene "*devono tendere alla rieducazione del condannato*". E l'espressione "*devono tendere alla rieducazione*" non va intesa come la semplice propensione alla punizione che si attualizza, ma come lo sforzo che deve compiere prima il legislatore e poi il giudice nell'individuare l'itinerario più adeguato per il singolo soggetto e che consenta il conseguimento dell'obiettivo della sua rieducazione e del reinserimento nel tessuto sociale.

Letta in questa chiave nasce una *politica criminale costituzionale*, per cui la pena può senz'altro recuperare la sua effettività, proprio attraverso le varie opzioni che l'ampio ventaglio delle misure alternative offre, abbandonan-

do in questo modo i rozzi contenuti di inutile afflittività senza alcun obiettivo di promozione umana[5].

Non si può tuttavia trascurare che il micro-cosmo carcerario assume connotazioni che sono particolari, come singolare è l'ipotesi di una comunità umana ove i suoi componenti sono costretti a convivere con altri soggetti dalla storia personale e giudiziaria molto spesso radicalmente diversa. In una simile "comunità necessaria" vengono a proporsi dinamiche che non possono non diventare oggetto di controllo, verifica di compatibilità e rimedi da parte degli organi istituzionali responsabili, anche con provvedimenti punitivi in deroga al sistema, la cui azione, tuttavia, deve restare sempre rivolta alla finalità di recupero sociale della persona.

Le categorie di soggetti cui si rivolge l'ordinamento penitenziario secondo l'art. 1 O.P. sono sostanzialmente due, con una ulteriore suddivisione al loro interno: ***Detenuti*** e ***Internati***.

All'interno della categoria dei ***Detenuti*** vi sono gli **Imputati** e i **Condannati**.

Gli **Imputati** sono tali perché nei loro confronti non è stata ancora emessa sentenza definitiva e si distinguono in *Giudicabili*, *Appellanti* e *Ricorrenti*.

I **Condannati** sono invece soggetti nei cui confronti è stata emessa sentenza di condanna definitiva e la loro posizione è quella di soggetti in fase di espiazione della pena.

Gli ***Internati*** invece sono persone sottoposte a misure di sicurezza detentive.

Di particolare rilievo è il compito e le funzioni particolarmente significative che la legge e la prassi riconoscono alle categorie degli operatori impegnati nel sistema penitenziario nel suo complesso, prima fra tutte quella dell'**Assistente sociale**. Se la Magistratura di Sorveglianza assicura la corretta applicazione della legge e valuta la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del percorso rieducativo che il condannato potrà intraprendere, all'assistente sociale è demandata la funzione di controllo ma soprattutto di sollecitazione alla rieducazione ed al recupero sociale del condannato e, in definitiva, alla sua promozione umana[6].

CAPITOLO 1
LA FUNZIONE DELLA PENA

SOMMARIO: 1.1. La pena: introduzione. – 1.2. La natura della sanzione penale. – 1.3. Le diverse teorie della pena. – 1.3.1. Le teorie assolute della pena. – 1.3.1.1. La pena come retribuzione morale. – 1.3.1.2. La pena come retribuzione giuridica. – 1.3.1.3. I limiti della teoria retributiva. – 1.3.2. Le teorie relative della pena. – 1.3.2.1. La pena come prevenzione generale. – 1.3.2.2. – La pena come prevenzione speciale. – 1.3.2.3. Le teorie e i limiti della prevenzione nel pensiero penalistico italiano. – 1.3.2.4. I pregi della prevenzione generale. – 1.3.2.5. I pregi della prevenzione speciale. – 1.3.2.6. La prevenzione speciale come risocializzazione. – 1.4.1. L'evoluzione costituzionale della teoria della pena. – 1.4.2. Il concetto costituzionale di rieducazione. – 1.5.1. La personalizzazione della sanzione penale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 1.5.2. Gli effetti della giurisprudenza costituzionale. – 1.6. I percorsi legislativi di politica penale in Italia.

1.1. *La pena: introduzione*

Il diritto penale può definirsi come il settore dell'ordinamento giuridico che disciplina i fatti illeciti dai quali risulta come conseguenza giuridica l'applicazione di una pena [1].

La pena concettualmente è una risposta a un fatto che è già accaduto ed è tradizionalmente considerata come sinonimo di *castigo*, in quanto indica il dolore o la sofferenza che deve essere inflitta a colui che ha violato un comando [2].

Occorre porre immediatamente l'accento sul carattere afflittivo della sanzione penale dal momento che la stessa va distinta dalle altre tipologie di sanzioni pubbliche [3].

Nel diritto civile, all'accertamento di atti o fatti illeciti consegue l'applicazione di rimedi che hanno la funzione di ripristinare lo *status quo ante*, rimuovendo dall'ordinamento l'antigiuridicità realizzata o ponendo a carico del responsabile la reintegrazione della sfera patrimoniale del danneggiato. In questo modo si impedisce anche il consolidarsi degli effetti vantaggiosi derivanti dalla condotta illecita.

In proposito occorre precisare che la distinzione tra la pena pecuniaria e la sanzione civile del risarcimento del danno in forma generica va vista in relazione all'effetto che il legislatore intende conseguire nell'uno e nell'altro caso. In particolare, mentre la pena pecuniaria ha quale obiettivo l'inflizione all'autore della sofferenza o del disagio conseguente all'esborso di danaro; il risarcimento del danno derivante da illecito, consiste nel pagamento di una somma di denaro che è funzionale alla reintegrazione, sia pure per equivalente, dell'assetto degli interessi patrimonialmente rilevanti pregiudicato dal verificarsi del fatto illecito, sia esso di tipo contrattuale che extracontrattuale. Sotto tale peculiare aspetto esiste ancora la tradizionale distinzione secondo la quale risarcimento del danno e pena pecuniaria costituiscono i prototipi di due distinte tipologie sanzionatorie. Si parla di sanzione *omogenea*, nel caso di risarcimento del danno, in quanto si incide, in senso riparatorio, sulla stessa specie di interessi che avrebbero dovuto essere salvaguardati attraverso il comportamento dovuto; nell'ipotesi della sanzione pecuniaria si parla, invece, di sanzione *eterogenea*[4], in quanto vengono sacrificati beni assolutamente privi di qualsiasi destinazione riparatoria nei confronti degli interessi pregiudicati in capo alla persona offesa[5].

Più complessa si presenta la distinzione rispetto alle *sanzioni amministrative*, categoria che, con l'entrata in vigore della Legge 24 novembre 1981, n. 689, ha ricevuto un'autonoma rilevanza, anche se sotto la specie dell'illecito penale depenalizzato[6].

La sanzione amministrativa è irrogata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo che è finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico protetto dalla norma violata. Relativamente alla loro applicazione, le sanzioni amministrative, diversamente da quelle penali, sono inflitte con un provvedimento amministrativo esecutivo e legittimo, sicché la tutela giurisdizionale del soggetto passivo è successiva all'irrogazione del provvedimento medesimo.

La qualificazione di una sanzione, come amministrativa o penale, assume quindi un particolare rilievo attesa la diversità del regime giuridico applicabile.

Nella prassi i maggiori problemi di inquadramento giuridico si sono posti in relazione alle **misure di sicurezza**, alle **sanzioni comminate per gli illeciti depenalizzati**, nonché di recente anche per **le sanzioni derivanti dagli illeciti amministrativi dipendenti dai reati commessi dalle persone giuridiche**, in relazione al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Le **misure di sicurezza**, coerentemente ad una logica del cosiddetto "*doppio binario*", che originariamente tendeva a sottrarre dalla sfera del diritto penale le misure finalizzate alla prevenzione speciale e calibrate sulla personalità del reo, nonché sulla sua pericolosità sociale, erano considerate delle "*misure amministrative*". Tuttavia, oggi, il riconoscimento della funzione di prevenzione speciale come sottostante alla pena criminale, ha condotto ad assimilare dette misure alle pene vere e proprie, facendone emergere anche la loro afflittività, derivante dalla loro idoneità ad incidere sulla libertà personale dei condannati [7].

Gli **illeciti depenalizzati** hanno, invece, una natura intermedia tra quella penale ed amministrativa. Gli stessi, infatti, pur essendo inflitti con un provvedimento amministrativo e per un fatto che non costituisce più reato,

non possono essere strettamente ricondotti alla categoria delle sanzioni amministrative, essendo privi di un interesse di settore affidato alla cura della pubblica amministrazione. Nonostante ciò questi ultimi hanno la funzione di deterrenza tipica delle pene criminali [8].

Infine le sanzioni contemplate dal D.Lgs. n. 231/2001 per la responsabilità delle persone giuridiche e degli enti anche privi di personalità giuridica, da una parte della dottrina, sono considerate sanzioni amministrative [9]. La rubrica del decreto legislativo si riferisce, infatti, ad una responsabilità amministrativa dell'ente. Il *nomen iuris* attribuito a dette sanzioni discende probabilmente dall'ostacolo che tradizionalmente si rinviene nell'art. 27 Cost. alla configurazione di una vera e propria responsabilità penale delle persone giuridiche [10]. In ogni caso non va sottaciuto che, in alcuni casi, tali sanzioni, presentano una spiccata afflittività, potendo giungere finanche alla comminatoria dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

Alcuni Autori hanno, quindi, ritenuto che tali sanzioni non possono avere natura amministrativa in quanto i comportamenti degli enti, seppure formalmente qualificati illeciti amministrativi, hanno un contenuto penale chiaro, sfociando in una sanzione punitiva con contenuto di evidente penalità, omologo a quello di una sanzione penale [11]

1.2. *La natura della sanzione penale*

La pena si differenzia dalle altre sanzioni in quanto è connotata da un carattere di maggiore afflittività. Infatti, quando è detentiva, per la sua esecuzione occorre che il soggetto venga privato della libertà personale disposta direttamente dall'autorità giudiziaria nell'ambito dell'amministrazione della giustizia penale [12].

L'inflizione di una sofferenza all'autore di un fatto illecito non indica in modo chiaro ed univoco quale sia l'obiettivo che il legislatore e l'ordinamento giuridico nel suo complesso intendono raggiungere. Sotto questo profilo la pena è oggetto di riflessione etico-giuridica nel tentativo di stabilirne con precisione gli ambiti funzionali e concettuali.

La pena è da sempre stata una necessità costante della vita sociale. Non va sottaciuto, tuttavia, che vi sono stati anche pensatori che ne hanno contestato il fondamento, ritenendola inutile e persino dannosa. Questi ultimi partendo da una concezione ottimistica della vita umana, hanno sostenuto che un'opera di prevenzione, esercitata accuratamente, può rendere inutile la repressione dei delitti [13].

Tali teorie sono destinate a naufragare in quanto il criterio giustificativo del precetto penale è dato proprio dal fatto che, nelle attuali condizioni sociali, lo Stato non può conseguire il fine superiore del mantenimento dell'ordine giuridico senza imporre limiti alla libertà individuale. Si tratta, quindi, di un "*criterio di necessità*", nel senso che lo Stato deve poter stabilire pene idonee e sufficienti tali da indurre i singoli all'osservanza del comando o del divieto. La pena è giustificata dalla necessità di determinare i soggetti all'obbedienza del precetto e di rassicurare la collettività circa l'attività dello Stato diretta al mantenimento ed alla reintegrazione dell'ordine giuridico generale, in altre parole la pena ha una funzione essenzialmente *pubblica*. Questo carattere le proviene non già dall'essere preveduta dalla legge, inflitta dal giudice, fissata nella sentenza o nel decreto di condanna ed eseguita da organi pubblici, bensì dal fatto che la potestà di esigere la pena spetta sempre e soltanto allo Stato, il quale è l'unico titolare della potestà di punire. La pena ha, quindi, il fine di orientare attraverso il

meccanismo psicologico della sua preventiva rappresentazione la condotta di uno o più soggetti.

Lo scopo della pena è preventivo e repressivo, sociale ed individuale insieme. Infatti, se la pena non esistesse gli uomini che presentano una maggiore propensione al delitto delinquerebbero maggiormente, mentre oggi si astengono, trattenuti per lo più, da un calcolo di convenienza. D'altra parte, se la pena comminata non venisse applicata a chi ha violato un precetto penale, i singoli non potrebbero avere fiducia nella tutela dello Stato e da ciò scaturirebbero ulteriori dannose conseguenze.

La pena deve quindi essere scelta dal legislatore. Infatti, nel livello di civiltà al quale siamo pervenuti, la scelta della pena è inevitabilmente affidata alla legge e l'irrogazione concreta viene devoluta all'attività del giudice. Anche questo è un punto di arrivo di un lento processo evolutivo. È stato osservato che uno Stato potrebbe fare a meno del legislatore e dell'amministratore, ma mai del giudice, senza compromettere la stessa giuridicità del proprio ordinamento. Di conseguenza la soluzione che va sotto la denominazione della **tripartizione dei poteri**, è il risultato di progressive conquiste del cittadino che vuole certezze non solo in ordine ai comportamenti ammessi e a quelli vietati, ma anche in ordine alle sanzioni collegate, alla violazione delle norme prescrittive. È perciò del tutto consequenziale che nei moderni ordinamenti la delimitazione dei "*delitti e delle pene*" spetti al legislatore, mentre l'irrogazione delle sanzioni sia compito del giudice e non di altri [14].

Il sistema delle pene nel nostro ordinamento non comprende solo quelle, immediatamente o eventualmente, privative della libertà personale. Esso oggi si offre come un sistema complesso nel quale coesiste un insieme di tipologie punitive assolutamente eterogenee tra loro e pertanto non riconducibili ad un modello sistemico.

La soluzione adottata dal legislatore del 1930, definita del **doppio binario**, ebbe ad accostare al regime delle *pene* quello delle *misure di sicurezza*. Le prime (ergastolo, reclusione e multa per i *delitti* e, arresto e ammenda, per le *contravvenzioni*) comminate perché giuste e riservate al reo ritenuto responsabile; mentre le seconde (di *natura personale*: la colonia agricola, la

casa di lavoro, l'ospedale psichiatrico giudiziario, il riformatorio giudiziario, la libertà vigilata, l'espulsione dello straniero dallo Stato; di *natura patrimoniale*: la cauzione di buona condotta e la confisca) sono inflitte al soggetto considerato pericoloso in quanto ritenute utili al perseguimento di una finalità specialpreventiva [15].

L'accostamento della misura di sicurezza alla pena, realizzato dal codice penale del 1930, è stato interpretato come compromesso culturale tra la scuola classica e la scuola positiva del diritto penale [16]. Da un lato, si è sostenuto, che il legislatore ha inteso continuare a punire chi, capace d'intendere e di volere, e quindi libero di scegliere, viola la legge penale commettendo un reato; dall'altro lato, ha recepito la necessità di valutare la personalità del delinquente e di applicare ai soggetti socialmente pericolosi una misura specificamente diretta a rimuovere le cause di tale patologia. Chiaramente la misura è sganciata dalla gravità del reato commesso e collegata alla permanenza della condizione soggettiva dell'asocialità [17].

Il legislatore del 1930 ha, inoltre, imposto al giudice l'obbligo di motivare i provvedimenti relativi alla commisurazione della pena, al fine di fare emergere e, conseguenzialmente, di potere controllare le ragioni che hanno portato alla individuazione della pena in quella determinata misura (art. 132 c.p.) [18]. La concessione al giudice di un esteso potere discrezionale ap-

pare evidente, soprattutto ove si consideri che il legislatore del 1930, nell'intento di valorizzare l'istanza generalpreventiva, ha optato per l'individuazione giudiziale della pena, cercando di improntare la risposta punitiva alle singole esigenze dell'autore del reato. Di conseguenza risultano eccezionali le ipotesi in cui la risposta sanzionatoria è prefissata inderogabilmente dal legislatore (c.d. *pene fisse*)[19], rappresentando, al contrario, la regola l'utilizzazione di comminatorie in cui si riconosce al giudice il potere di scegliere, entro la cornice edittale, l'entità della pena ritenuta più adeguata, o anche il tipo di pena se si tratta di comminatorie alternative. Secondo l'art. 133 c.p. la gravità del reato deve essere desunta da indici fattuali capaci di valutare il fatto sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo che soggettivo, ossia da un lato il giudice deve apprezzare il disvalore della condotta e dell'evento e dall'altro deve valutare la natura e la gravità della colpevolezza[20].

La discrezionalità non deve quindi essere esercitata in maniera arbitraria[21]. Da ciò la necessità di motivare le ragioni della commisurazione, obbligo che la Costituzione ha previsto in relazione a tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 Cost.) e che, evidentemente in questo settore assume un ruolo di particolare rilievo. È ovvio che non si tratta di un obbligo formale, ma di carattere sostanziale, in quanto l'autorità giudiziaria deve tenere presente quali criteri guida di esercizio della discrezionalità quelli previsti dall'art. 133 c.p.

In sostanza il compito del giudice si può così riassumere: egli accerta la responsabilità dell'imputato e decide se il fatto storicamente realizzato in-

tegra gli estremi di una determinata fattispecie criminosa astrattamente prevista, successivamente fissa la pena che in concreto ritiene adeguata [22].

Nella prima fase il giudice effettua una operazione in cui prevale l'aspetto intellettuale, che si sostanzia in una comparazione tra il fatto concreto e la fattispecie astratta prevista dal legislatore. Successivamente compie un'operazione che si connota in prevalenza in un'espressione di libertà ed autonomia di scelta.

1.3. *Le diverse teorie della pena*

La corretta comminatoria della pena dipende esclusivamente da un corretto esercizio del potere discrezionale da parte dell'organo giudicante. Tanto ciò è vero che taluno, parlando della morale della pena ha affermato: "*io auspico che in un futuro migliore il giudice abbia pena per la pena che infligge*" [23]. L'espressione non è di poco conto. Essa pone l'accento sul ruolo che riveste il giudice il quale, consapevole che il reo è egli stesso vittima, deve provare dolore per la pena che sta infliggendo. D'altra parte l'applicazione della pena non può mai essere considerata scevra dall'insieme di emozioni, istinti o pregiudizi che inevitabilmente l'accompagnano. Per questi motivi nessun processo di razionalizzazione servirà a farci comprendere appieno la natura della stessa. Cerchiamo allora di analizzare le finalità che la stessa persegue attraverso le teorie elaborate dalla dottrina, che sono comunemente suddivise in **assolute** e **relative** [24]. Le prime considerano la sanzione penale come espressione di una necessità intrinseca di giustizia, in termini di retribuzione del male commesso, e quindi in definitiva come fine a se stessa; le seconde ravvisano nella pena uno strumento per consegui-

re obiettivi di utilità sociale, consistenti nella prevenzione della commissione di (ulteriori) reati; le **teorie miste** coniugano invece l'esigenza di giustizia con quella di utilità sociale.

1.3.1. *Le teorie assolute della pena*

1.3.1.1. *La pena come retribuzione morale*. – Le uniche concezioni della pena legittimamente riconducibili alle teorie assolute, sono quelle **retributive**.

Le **teorie retributive** rapportano la pena al danno cagionato o alla colpevolezza dell'autore del reato. Si parte dall'assunto che il bene va ricompensato con il bene ed il male con il male; la pena è quindi considerata un valore positivo che trova in sé stessa la sua ragione giustificativa. La pena rappresenta quindi il corrispettivo del male commesso e, dovendo essere applicata in relazione al reato commesso, deve necessariamente essere caratterizzata dal criterio di proporzionalità, in quanto è necessario che la risposta sanzionatoria dello Stato sia sempre proporzionata alla gravità del fatto commesso [25].

Si possono così distinguere vari indirizzi dottrinali che hanno valorizzato i diversi aspetti della teoria della retribuzione.

Secondo la teoria della **retribuzione divina** chi commette un reato infrange una legge morale superiore, per cui chi offende Dio incorre nel castigo divino, in quanto Dio ha delegato all'uomo una parte della sua giustizia. La giustizia umana attua quindi quella divina. La pena ha una funzione di purificazione dello spirito ed opera come antidoto contro l'immoralità, stante la forza purificatrice del dolore [26].

Secondo la teoria della **retribuzione morale** il bene va ricompensato con il bene ed il male con il male. La pena è una esigenza etica profonda ed insopprimibile della coscienza umana [27].

Tale teoria in età moderna ha trovato la sua formulazione più decisa nel

pensiero penalistico di estrazione kantiana. Secondo Kant "*la legge penale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio*" [28], laddove il diritto penale è "*il diritto che ha il sovrano verso chi gli è soggetto, d'infliggergli una pena quando si sia reso colpevole di un delitto*" [29]. Il principio per determinare specie e grado di pena è per Kant la "*Vergeltung*" ossia un sistema che mira a punire chiunque possieda una "*malignità interna*" [30]; la stessa pena di morte era ritenuta doverosa per gli assassini ed i suoi complici, nonché per l'autore "*di un altro pubblico delitto che la morte solo può espiare*" [31].

Nel pensiero kantiano emerge quindi incontestabilmente l'idea retributiva della pena, ossia per Kant l'unica pena possibile è quella che viene inflitta inflessibilmente in una prospettiva di retribuzione morale. L'esempio kantiano è particolarmente istruttivo in quanto scolpisce in modo nitido l'assenza di ogni profilo di utilità pubblica nell'applicazione della pena. La pena viene posta in essere per il soddisfacimento di esigenze astratte di una giustizia intesa in senso puramente vendicativo che trascende completamente da quelle che possono essere le prospettive di vita del reo. La pena finisce con l'avere un fondamento etico assoluto, in quanto attraverso la stessa si realizza l'idea di giustizia, attuabile attraverso la retribuzione.

È utile riportare testualmente il brano con cui il filosofo del criticismo riassume i tratti della sua teoria: "*se anche il consorzio civile si sciogliesse con il consenso di tutti i suoi membri (se ad esempio gli abitanti di un'isola decidessero di separarsi e di disperdersi per il mondo), dovrebbe prima essere giustiziato l'ultimo assassino che si trovi in prigione, affinché a ciascuno tocchi ciò che i suoi atti incutono e la colpa del crimine non resti impressa sul popolo che, non avendo reclamato la punizione, potrebbe essere considerato responsabile di questa pubblica lesione della giustizia*" [32].

Nella concezione kantiana della pena la persona umana è, tuttavia, da un lato, lontana dal poter essere strumentalizzata per il perseguimento di fini di utilità sociale e, dall'altro, resta asservita alla superiorità della giustizia assoluta.

Tale concezione si pone in antitesi con le teorie illuministiche secondo cui la pena deve perseguire finalità che abbiano come fine ultimo il rispetto dell'umanità presente nel delinquente, tale da assicurare e garantire i diritti fondamentali della persona umana.

Secondo la teoria dell'**emenda e/o dell'espiazione** la pena è la *medicina dell'anima*, in quanto attraverso la sofferenza che gli viene inflitta, il reo acquista una sorta di consapevolezza del male che ha provocato con il crimine perpetrato e realizza in questo modo la sua purificazione morale. Tale teoria esprime profili di assolutezza giacché la prospettiva di rigenerazione morale del reo è sempre contenuta in un ambito etico-individuale, come se lo scopo perseguito dallo Stato possa essere quello di promuovere il benessere morale dei singoli cittadini, indipendentemente dalle conseguenze dei loro comportamenti[33].

1.3.1.2. *La pena come retribuzione giuridica*. – Secondo la teoria della **retribuzione giuridica** la pena costituisce la riaffermazione del diritto dello Stato, in quanto attraverso la stessa lo Stato riafferma il proprio ordinamento[34]. I caratteri essenziali di tale teoria sono: la **personalità della pena**, in quanto il corrispettivo del male inflitto non può che essere applicato all'autore del male; la **proporzionalità della pena** in quanto il male subito costituisce il corrispettivo di quello inflitto; la **determinatezza** della pena, in quanto dovendo essere proporzionata ad un determinato male non può

non essere essa stessa determinata; l'**inderogabilità** della pena nel senso che la stessa deve essere sempre scontata dal reo.

Il prototipo delle concezioni giuridico-retributive della pena viene tradizionalmente individuato, nel pensiero di Hegel, secondo cui la pena in quanto negazione del diritto, si pone come sintesi restauratrice dell'ordine giuridico violato[35]. La pena mantiene dunque il carattere dell'indefettibilità all'interno dell'ineluttabile processo di avanzamento dialettico dello spirito oggettivo, attraverso i livelli successivi del diritto, della morale e dell'etica. In questo modo viene individuato il complesso passaggio dal diritto alla morale, ossia dal primo grado di sviluppo dello spirito oggettivo che, solo al terzo livello, quello dell'etica, si incarna prima nella famiglia, poi nella società civile ed infine nello Stato, cui spetta il compito di punire[36].

Le successive elaborazioni della scuola *classica* del diritto penale, sviluppatasi in Germania ed in Italia negli ultimi decenni del XIX secolo, evidenziarono la natura relativa del filone di idee riconducibile alla retribuzione giuridica.

In Germania questo tipo di posizione in ordine allo scopo della pena è osservabile soprattutto nell'opera di K. Binding. L'Autore sostiene che "*lo scopo della pena non può essere quello di trasformare chi si ribella all'ordinamento giuridico in un buon cittadino*" e che "*la pena non è guarigione, ma ... conservazione della potenza dell'ordinamento come sottomissione coattiva del colpevole sotto il forte braccio del diritto*"[37]. L'inflizione del male non è fine a se stessa ma consiste nel ristabilire l'autorità statuale compromessa dall'intervenuta violazione. Lo Stato può quindi rinunciare all'applicazione della pena solo quando la ritiene superflua.

Nel pensiero del K. Binding lo scopo della pena convive ancora con una concezione dello Stato, di chiara matrice hegeliana.

Soltanto con la scuola classica italiana del diritto penale la finalità di mantenimento della pace sociale, come fondamento della retribuzione, assume connotati più concreti. Nell'impostazione del F. Carrara è sottolinea-

to che “*il fine primario della pena è il ristabilimento dell’ordine esterno nella società*”, l’applicazione di tale sanzione è volta a rimuovere le conseguenze dannose del reato che trascendono l’offesa del diritto particolare del soggetto passivo del reato e si riverberano sull’intero contesto sociale di riferimento[38]. In particolare, le conseguenze della condotta criminosa si ripercuotono sui buoni, in quanto suscitano motivo d’allarme, in considerazione della probabile ripetizione del fatto e per converso, anche sui malvagi, determinando una pericolosa suggestione emulativa. La pena, così intesa, serve a ripristinare un clima di tranquillità tra i consociati, sottraendoli dall’alternativa di “*o darsi alle violente reazioni private … o abbandonare una società incapace di proteggerli*”[39].

L’essenza retributiva della pena viene così puntualizzata in una dimensione giuridica quale contributo che la stessa arreca alla stabilizzazione della pace sociale compromessa dal crimine. La pena realizzerebbe, quindi, la tutela dei diritti soggettivi, che costituiscono l’oggetto mediato d’incidenza lesiva dei delitti, attraverso la coazione psicologica esercitata con la minaccia e l’irrogazione.

Tali posizioni dottrinarie oggi si possono ritenere superate anche grazie ad un approccio costituzionalistico che si è andato progressivamente affermando in materia. È infatti evidente che se è assolutamente indispensabile che il colpevole non resti impunito, occorre anche che lo Stato attraverso l’irrogazione della sanzione realizzi, anche sul piano dell’utilità sociale, altri scopi che prescindono dalla semplice punizione del colpevole[40].

Un ritorno all’idea della retribuzione si registra soltanto in alcune recenti posizioni dottrinarie, cosiddette *neoretribuzionistiche*, secondo cui l’idea retributiva trova la sua base empirica nei bisogni emotivi di punizione che esistono nella società ed in ciascun individuo di fronte alla perpetrazione dei reati[41].

La più recente concezione satisfattorio-stabilizzatrice della pena, trova il suo fondamento nel sofisticato apparato concettuale apprestato dalla moderna psicologia del profondo e dalla psicanalisi. Questo orientamento si sforza di precisare la natura dei "*bisogni di punizione*" che sono delineati nel pensiero collettivo dall'esperienza dei crimini perpetrati che la pena deve soddisfare. Il bisogno di punizione nasce nei consociati da un disagio psichico nel quale si vengono a trovare a causa del delitto che rappresenta una negazione sia esterna che interna alla norma violata.

Sotto il primo aspetto, il crimine perpetrato mette in crisi la "*sicurezza delle aspettative*" in relazione al generale rispetto delle regole essenziali di condotta che sono poste a base della convivenza civile e determina l'insorgere del timore di future aggressioni. Sotto il secondo aspetto, l'esperienza del crimine realizzato sconvolge l'equilibrio psichico raggiunto da ciascuno attraverso la subordinazione dell'attività della coscienza, delle pulsioni antisociali che si agitano nell'inconscio.

La reazione punitiva dell'ordinamento si rende necessaria per sedare emozioni negative suscitate nella generalità dei consociati [42].

Si afferma infatti che l'esempio di chi delinque è potenzialmente contagioso, essendo presente nell'inconscio di ciascuno di noi il desiderio di trasgredire. Di conseguenza la reazione dello Stato nei confronti del reo ha una duplice finalità, che si sostanzia, da un lato, nel bisogno di canalizzare l'aggressività suscitata nei cittadini dalla commissione dell'atto criminale e, dall'altro lato, nel volere confermare e rafforzare la fedeltà degli stessi ai valori tutelati dall'ordinamento.

Tale teoria ha subito diverse critiche. Si è sostenuto, infatti, che i bisogni emotivi di punizione, essendo irrazionali e contingenti, lasciano il trattamento punitivo in balia delle spinte più incontrollate, finendo così con il favorire punizioni esemplari che, in quanto tali, non appaiono proporzionate alla gravità del reato commesso. In questo modo, ossia privilegiando la funzione positiva che la pena assolve per la società, ci si disinteressa del

destino del singolo delinquente e non si persegue la finalità di rieducazione dello stesso che, come si vedrà, è costituzionalmente garantita [43].

1.3.1.3. *I limiti della teoria retributiva*. – In conclusione la teoria retributiva è stata fortemente criticata [44]. In primo luogo si è posto in evidenza il contrasto strutturale con i principi fondamentali dello stato sociale di diritto in quanto la stessa pecca d'irrazionalismo sul piano ontologico e di sterilità da un punto di vista politico-criminale. Si è infatti obiettato che la pretesa di annullare il male attraverso l'inflizione di una sanzione penale appare difficilmente realizzabile, dal momento che le grandezze da comparare sono assolutamente eterogenee. Secondo tale impostazione occorre, infatti, comparare la colpevolezza del soggetto che ha delinquito con la predisposizione di una misura di carattere eteronomo, orientata al soddisfacimento di esigenze di difesa sociale. Tale forma di espiazione è sicuramente il risultato finale di un complesso processo interiore del reo alla cui maturazione si giunge in maniera del tutto indipendente dall'esecuzione di una pena statuale. D'altra parte, la giustizia statuale può soltanto tendere ad assicurare la legalità del comportamento del singolo ma non può sicuramente garantirne la sua moralità che, tra l'altro è, per definizione, incoercibile. In altri termini la sentenza del giudice penale non può avere alcun carattere o contenuto che possa trascendere le esigenze di chi ha effettivamente conferito al giudice il potere di amministrare la giustizia, e ciò nel pieno rispetto dell'art. 101 Cost.

Altro argomento contrario all'ammissibilità nel nostro ordinamento di una concezione retributiva è di tipo *ontologico*. Ed infatti volere retribuire il male della condotta colpevole con il male della pena presuppone l'accoglimento di una concezione di tipo fideistico sulla natura dell'uomo, nel senso che con l'espiazione della pena la persona automaticamente viene reinserita nella società. Ma ciò non può essere accettato perché, anche dopo l'espiazione della pena, alla persona resta la possibilità di scegliere tra il bene ed il male secondo il suo libero arbitrio e la sua libera autodeterminazione.

Una significativa funzione garantistica di limite all'intervento punitivo

statuale è riconosciuta alla concezione retributiva della pena nel suo collegamento con la colpevolezza dell'autore di un fatto di reato. In realtà, la retribuzione non consente che si possa infliggere una pena in assenza della colpevolezza, né in misura superiore all'entità della colpevolezza.

Queste considerazioni hanno indotto un critico della concezione retributiva della pena, Claus Roxin, a tentare un'operazione di recupero del principio di colpevolezza, sciogliendolo dai suoi legami originari con la retribuzione, per utilizzarlo nella sua funzione di limite al potere punitivo statuale[45].

L'Autore individua nel principio di colpevolezza non solo un valore di ordine garantistico, ma anche di ordine preventivo di tipo speciale e generale. Infatti, il legame tra la pena e la responsabilità per il fatto, elimina il rischio degli effetti desocializzanti di una pena eccessiva che viene sentita dal reo come un'ingiustizia e si rivela di ostacolo per una sua azione di recupero. All'applicazione del principio di colpevolezza è collegato un effetto di prevenzione generale derivante dall'inflizione di sanzioni che la comunità dei consociati ritiene giuste, in quanto delimitate dalla colpevolezza per il fatto.

Anche tale impostazione non è stata immune da critiche, in quanto si è sostenuto che la colpevolezza per avere la capacità di limitare la misura della pena deve integrarne una condizione necessaria e quindi esserne il fondamento.

1.3.2. *Le teorie relative della pena*

1.3.2.1. *La pena come prevenzione generale.* – Le menzionate critiche dottrinarie in ordine alla concezione retributiva della pena ne hanno comportato il suo definitivo superamento e la creazione di un'opzione di prevenzione che può essere generale o speciale. Non è un caso che lo sviluppo di distinte teorie della prevenzione generale e speciale fu avviato, per impulso di studiosi tedeschi postilluministi, solamente dopo che l'intimidazione nei confronti dei consociati venne ricondotta alla fase della minaccia, allorquando si ritenne che unica destinataria dell'efficacia preventiva della sanzione non può essere per definizione che la generalità dei cittadini: e ciò avvenne contemporaneamente alla nascita del principio di legalità[46].

Il problema del fondamento generalpreventivo della pena fu infatti avvertito dagli allievi di Kant, i quali cercarono di elaborare delle teorie della pena che prescindessero dalla mera inflizione di un castigo e che fossero dirette al perseguimento di uno scopo preciso.

Il pensiero di A. Feuerbach è fondato su di una concezione generalpreventiva della pena, cui è stata affidata la funzione di trattenere, prima attraverso la minaccia e, successivamente, attraverso l'inflizione, la generalità dei consociati dal commettere un reato [47].

Feuerbach ha collegato in maniera chiara la tutela della libertà e dignità dell'individuo con la realizzazione della funzione della pena. Occorre che il cittadino sia difeso dal potere statuale, con la conseguente definizione di precisi limiti alla potestà pubblica e con la sottoposizione del sovrano ai vincoli della legge. Il cittadino potrà essere sottoposto esclusivamente alla pena che la legge stessa ha minacciato. In altre parole, la minaccia penale ha un effetto di intimidazione ma tale effetto si realizza solo se è stato effettivamente commesso dalla legge un fatto costituente reato. La pena può operare come controspinta se sia determinata e prevista in rapporto a fatti tassativamente descritti in una norma di legge.

Secondo l'Autore lo scopo dello Stato e lo scopo della pena convergono in un unico obiettivo, quello della difesa della libertà individuale; il suo pensiero può essere sintetizzato nella seguente frase: "*lo scopo dello Stato è la scambievole libertà di tutti i cittadini o, in altri termini, è di assicurare quella condizione nella quale ognuno può esercitare i suoi diritti completamente al sicuro dalle offese. Ogni offesa contraddice la natura e lo scopo del consorzio civile e, per l'attuazione di questo scopo, è necessario che nello Stato non si verifichi alcuna offesa*" [48]. Il problema è quello di impedire il verificarsi delle offese e l'Autore rinviene il mezzo di prevenzione delle offese nella predisposizione di ostacoli di carattere psicologico, ossia nella minaccia di un castigo per ogni offesa. L'azione delittuosa è determinata da motivi che costituiscono gli scopi della volontà e sono tesi a soddisfare peculiari interessi del soggetto agente; il delitto, costituisce dunque un mezzo per procurare un piacere a chi lo commette. Di conseguenza, per evitare che vengano commessi fatti criminosi occorre che alla rappresentazione del piacere connesso alla condotta criminosa, venga contrapposta la rappresentazione di un dolore, delineato dalla legge come conseguenza della condotta medesima e d'intensità superiore al piacere derivante dalla com-

missione del reato. In quest'ottica i consociati, ovvero i possibili delinquenti, dovrebbero avere un tale timore da essere inibiti dal perseguimento di possibili propositi criminosi.

Nel sistema delineato da A. Feuerbach la teoria della pena, intesa in senso di prevenzione generale, ed il principio di legalità appaiono uniti da un legame inscindibile. È proprio il principio di legalità che rileva in termini di realizzazione della funzione della pena, esprimendo non solo esigenze di carattere garantistico-formale, ma anche di tipo teleologico-funzionale. Infatti, una volta riconosciuta alla pena una funzione di orientamento, da un punto di vista generale ed individuale, allora l'illecito, nelle sue componenti di disvalore di evento e di disvalore di condotta, dovrà risultare agevolmente riconoscibile in quanto tale. L'accurata tipizzazione si conferma quindi strettamente connessa, oltre che con la finalità generale di difesa della libertà, con quella della realizzazione della finalità politico-criminale relativa alla funzione della pena, intesa in senso di integrazione sociale.

Viene quindi definitivamente abbandonato il concetto di pena intesa come semplice inflizione di un male e si è andato sviluppando un concetto di pena intesa nel senso generalpreventivo, ossia in rapporto alla funzionalità del meccanismo della coazione psicologica. È evidente che in questo modo si finiva con il privilegiare la strada di un accentuato legalismo, laddove la minaccia della pena doveva essere portata unicamente attraverso la legge in forma determinata, sia relativamente al fatto da punire che alla pena da infliggere.

1.3.2.2. *La pena come prevenzione speciale*. – Si deve a Karl Grolman la elaborazione della teoria specialpreventiva della pena. L'Autore parte dal presupposto dell'esistenza di un naturale diritto di difesa che spetta ad ogni essere umano contro gli attentati alla libertà che derivano dalle attività criminose.

Il diritto di difesa si articola nel diritto di legittima difesa, nel diritto al risarcimento del danno ed infine "*nel diritto di impedire l'offesa minacciata. Diritto di sicurezza o di prevenzione*" [49]. L'uomo ha quindi un diritto di coercizione volto al mantenimento della sua situazione giuridicamente apprezzata e, pertanto, ha anche un "*diritto ai mezzi necessari allo scopo*" [50]. La prevenzione è strettamente collegata alla minaccia di un'offesa ingiusta. Il pensiero dell'Autore si può rinvenire nel seguente passo: "*Se, dunque, il de-*

litto o il suo tentativo, contiene una concreta minaccia di future violazioni, è lecito influire sul delinquente in maniera da indurlo a non portare a compimento la sua minaccia"[51]. L'esercizio del diritto spetta allo Stato che dovrà esercitarlo rispettando una serie di criteri.

L'inflizione di una pena dovrà aversi solo nei casi di assoluta impossibilità di emettere un altro provvedimento che incida con minor vigore sulla libertà individuale ed esclusivamente in relazione a fatti di reato commessi colpevolmente. Inoltre la pena deve essere conforme al suo scopo preventivo; il che significa evitare inutili forme di crudeltà. Infine, deve essere osservata la regola della proporzione ragionevole tra l'intensità della minaccia e la misura della pena. Nella valutazione della minaccia K. Grolman dava rilievo alla personalità del soggetto, ossia bisognava indagare la legalità della condotta del singolo, facendo sempre riferimento alle disposizioni di legge, intesa come criterio "*d'imputazione a colpevolezza*" di un fatto reato. Tale impostazione escludeva completamente qualsiasi valutazione di carattere etico da parte degli organi della giustizia statuale.

In ogni caso la teoria elaborata dal K. Grolman non racchiude ancora contenuti di risocializzazione del reo.

La concezione che prevede anche una risocializzazione del reo fu elaborata da Karl Christian Friedrich Krause. L'Autore paragona il delinquente a "*un minore, un incapace*"[52], ossia ad una persona che non è in grado di esprimere correttamente la propria personalità e per la quale è concepibile esclusivamente un'opera di emenda volta ad annullare il male e a renderlo insensibile ad eventuali influenze o stimoli esterni. L'opera che occorre svolgere è quella di sollecitare la volontà indirizzandola verso una determinazione che sia conforme alle esigenze etico-giuridiche. Il male non va quindi represso, bensì annullato; occorre sollecitare la naturale buona volontà dell'essere umano, attraverso gli strumenti dell'educazione e della cultura formativa. Bisogna, inoltre, eliminare le condizioni esterne che portano al "male", attraverso la segregazione e l'isolamento dagli altri condannati. Occorre mirare al recupero morale del reo, anche attraverso la pretesa del rispetto della legalità. In altri termini, bisogna convogliare le energie fisiche del delinquente indirizzandole alla pratica del bene e ciò può avvenire attraverso l'avviamento al lavoro che, tenendo conto delle singole attitudini del reo, può consentire un proficuo reinserimento del soggetto nel tessuto sociale. Chiaramente la realizzazione di tale programma comportava da un lato, la massima umanizzazione del trattamento che era destinato alla risocia-

lizzazione del reo e, dall'altro lato, la privazione a tempo indeterminato della libertà fino al completo raggiungimento dell'emenda del condannato con un conseguente ampliamento del potere discrezionale del giudice.

Secondo tale concezione la pena è intesa come un procedimento buono da attuarsi con l'intenzione di fare del bene alla società e a coloro che ne fanno parte. La dottrina tedesca ha quindi avvertito l'esigenza di elaborare un concetto pena, intesa nel senso di prevenzione generale e speciale, che fosse intimamente connesso al principio di legalità e di certezza del diritto penale.

1.3.2.3. *Le teorie e i limiti della prevenzione del pensiero penalistico italiano.* – La differenziazione delle teorie della prevenzione nel senso appena chiarito costituisce, in Italia, un'acquisizione storica relativamente recente, collocabile verso la fine del diciottesimo secolo.

Ed infatti, prima di tale periodo, gli accenni alla funzione preventiva della pena riguardano, sia l'influenza esercitata in concreto sulla singola persona che ha delinquito e che subisce la punizione, sia gli effetti che si ripercuotono sulla generalità dei consociati.

La stessa ambivalenza dell'efficacia preventiva della pena, in relazione al reo ed alla generalità dei consociati, è ravvisabile nel pensiero di Cesare Beccaria. Nella lezione di Beccaria sull'efficacia criminogena della previsione di pene particolarmente severe si legge quanto segue: "*È evidente che il fine delle pene non è di tormentare e affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso ... A misura che i supplizi diventano sempre più crudeli gli animi umani, che come fluidi si mettono sempre a livello degli oggetti che li circondano, si incalliscono … L'atrocità stessa della pena fa sì che si ardisca tanto più per schivarla, quanto è più grande il male a cui si va incontro; fa sì che si commettano più delitti per fuggire la pena di uno solo*", di conseguenza "*quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione col sentimento della propria debolezza; … Più utile, perché quanto minore è la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee: delitto e pena, talché insensibilmente si considerano uno come cagione, e l'altra come effetto necessario. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani*"[53].

Questa concezione sostanzialmente unitaria della funzione di prevenzione della pena, ravvisabile nel pensiero dell'Autore, comporta, da un lato, che il contenuto della funzione preventiva della pena è concepito come unico ed indifferenziato, nel senso della semplice intimidazione tanto rispetto al reo, quanto nei riguardi dei consociati; dall'altro lato che il momento di riferimento di tale effetto è limitato alla fase dell'inflizione ed esecuzione della pena, nel senso di considerare in primo piano la figura del reo ed in posizione di spettatori l'insieme dei consociati.

A ciò si aggiunga che, secondo Cesare Beccaria, la comminazione di pene eccessivamente elevate disorienta i destinatari delle norme, rendendo poco credibile l'intero sistema. Inoltre, il *surplus* di sanzione verrebbe avvertito dal condannato come un sopruso, con il risultato di rendere incomprensibile il messaggio normativo, acuendo la carica di ribellione nei confronti dell'ordinamento. Un effetto di orientamento della legge penale è, per converso, ispirato a norme che devono essere redatte secondo i criteri di determinatezza e, che devono essere ispirate a parametri di assoluta ragionevolezza, in rapporto sia ai beni che tutelano che alle sanzioni che prevedono.

A ben vedere, in Italia, lo sviluppo di distinte teorie della prevenzione generale e speciale si è realizzato soltanto attraverso l'opera dei pensatori tedeschi di cui già si è trattato. Entrambe le opzioni preventive possono esprimere due distinti aspetti della prevenzione: quello **negativo** e quello **positivo**. L'aspetto negativo della prevenzione generale consiste nell'adozione di strumenti volti al raggiungimento di risultati di tipo intimidativo-deterrente; mentre l'aspetto positivo è legato all'aspetto criminalpedagogico della fattispecie, ossia si tende al mantenimento o al rafforzamento della fiducia dei consociati nei confronti dell'ordinamento giuridico[54].

Si distingue, quindi, tra giustificazione della pena "*in astratto*" ed "*in concreto*". Secondo tale concezione attribuire alla pena in astratto un fine di utilità sociale significa che lo Stato è legittimato a garantire l'ordine sociale anche attraverso la minaccia di un male, ciò in quanto la pena in astratto ha quale scopo quello di dissuadere i potenziali contravventori della legge; il suo fine è di **prevenzione generale**. Il potere di punire trova le sue radici nel rapporto contrattuale esistente tra principe e società civile, l'ori-

gine pattizia di tale rapporto determina il contenuto degli interessi generali da proteggere e la loro gerarchia e nello stesso tempo indica anche i beni sacrificabili per l'interesse generale. È evidente che in tale prospettiva si rinuncia a qualsiasi idea di giustizia assoluta, di proporzione o di gradualità della sanzione, in quanto la teoria della retribuzione nella sua più ampia portata implica la necessità della pena più grave, indipendentemente dal tipo di reato commesso[55].

Diverso discorso deve essere svolto per la "*pena in concreto*". Ed infatti se la prevenzione giustifica il diritto di punire, tale funzione non può essere esercitata per i limiti insiti nella pena da applicare al caso concreto; questa deve essere considerata equivalente al reato commesso. Si parla di principio della retribuzione legale nella commisurazione della pena.

Secondo i sostenitori di tale concezione lo scopo di conseguire un'utilità si può rinvenire solo facendo riferimento alla legge penale "*in astratto*", mentre nella sua concreta applicazione, la pena deve essere giusta e non deve finalisticamente giustificarsi.

Secondo questo modello psicologico, l'uomo è considerato un essere razionale che, prima di agire, compie una scelta consapevole valutando i lati positivi e negativi della stessa. Il problema della scelta criminale dovrebbe essere risolto tutte le volte in cui la prospettiva della sofferenza che il soggetto si raffigura supera l'attrattiva di possibili guadagni collegati all'atto criminoso. Di conseguenza collegando la pena ad un fatto dannoso o pericoloso per la società, ci si dovrà aspettare che la commissione di quel fatto diminuisca in proporzione all'aumento di severità della sanzione penale. In altre parole la funzione della pena è quella di incutere timore al fine di distogliere i consociati dall'assecondare i propri impulsi criminosi e dissuaderli definitivamente dal commettere l'illecito. La pena deve quindi essere severa, ossia ben vengano le minacce spietate e terroristiche, in quanto solo in questo modo il potere deterrente diviene più forte dello stesso impulso criminogeno e sarà tale da determinare una diminuzione dei reati. È evidente che tale teoria postula necessariamente l'applicazione di pene rigorose in quanto si confida esclusivamente nella sua capacità deterrente e nella sua potenza intimidatrice.

In estrema sintesi si parla di **prevenzione generale negativa**, allorquando si confida nelle capacità dissuasive dei castighi legali. Alla base della fiducia nelle capacità dissuasive della pena vi è una lettura delle capacità

dell'agire umano, laddove si fa riferimento ad un modello di uomo attento e conscio dei vantaggi e degli svantaggi del proprio agire. L'esito obbligatorio di una tale semplificazione della psiche umana è quello di imporre un vero e proprio terrorismo sanzionatorio, allorquando si fa riferimento a pene più severe per elevare i costi delle scelte criminali[56]. Secondo i sostenitori di tale impostazione si può sconfiggere la recidiva soltanto impedendo materialmente la commissione di nuovi reati da parte del condannato. In altri termini, invece di tendere alla reintegrazione sociale del soggetto, si deve propendere per la sua definitiva esclusione dalla società (attraverso la sua eliminazione fisica, oppure attraverso la segregazione a vita in un carcere di massima sorveglianza).

L'esigenza sottostante alla teoria della prevenzione generale negativa si ritrova, oggi, nelle discussioni presenti in paesi nei quali è ancora in vigore la pena di morte, come ad esempio gli Stati Uniti d'America. Qui uno degli elementi di valutazione diventa addirittura quello del costo per la collettività della detenzione a vita. D'altra parte questo aspetto che alla nostra coscienza appare addirittura paradossale non va sottovalutato dal momento che il problema dei costi dell'amministrazione penitenziaria in società nelle quali i fenomeni di delinquenza di massa sono purtroppo in via di espansione, è un problema generalmente avvertito e che spinge gli attuali ordinamenti, soprattutto dei paesi europei, a ricercare soluzioni diversificate anche per fare fronte alla mancanza di luoghi e di strutture carcerarie sufficienti in relazione ai bisogni.

A ciò si aggiunga che questa configurazione della prevenzione generale negativa si è presentata in due distinte varianti: quella della **prevenzione generale mediante esempio** e quella della **prevenzione generale mediante minaccia legale**[57]. Nella prima versione l'effetto d'intimidazione viene immediatamente riportato alla fase dell'inflizione e/o esecuzione della pena; nella seconda, invece, l'effetto d'intimidazione è riferito alla fase della previsione ad opera della norma incriminatrice.

La teoria classica della prevenzione generale è stata fortemente criticata. Si è detto che punire l'autore di un illecito non tenendo in considerazione i limiti della sua colpa, ossia della consapevolezza del disvalore dell'illecito che ha compiuto, ma semplicemente perché la punizione serva a dissuadere altri soggetti dalla commissione di reati, determina un'indebita ed immorale strumentalizzazione della persona umana per fini che ad essa sono

estranei. Il Carrara, nel criticare la teoria della prevenzione generale negativa, giunse a sostenere che la società in questo modo "*si serve del corpo di un cittadino per intimidire gli altri cittadini martirizzandolo onde persuadere quelli a non offendere le leggi sociali*" [58].

È evidente che tale obiezione, presupponendo un fatto illecito già commesso, riguarda essenzialmente l'intimidazione nella fase dell'applicazione della pena, ossia del ricorso alla prevenzione generale "*mediante esempio*". A tale teoria si è inoltre contestato che lo scopo di intimidire la generalità dei consociati, assunto quale unico fondamento della pena, rischia di prescindere dall'esigenza di un rigoroso accertamento in sede processuale della responsabilità dell'imputato, potendo portare all'estrema conseguenza, di consentire anche la punizione di un innocente [59]. Si è, infatti, detto che se la mancata punizione per difetto di prove di un grave delitto può incoraggiare all'emulazione altri possibili delinquenti, mettendo così in grave pericolo la generalità dei consociati, sarebbe assolutamente plausibile e legittimo che, per salvare costoro, venisse sacrificata una sola persona con una condanna ingiusta.

La critica alla prevenzione generale mediante minaccia legale parte, invece, dal presupposto che la valorizzazione del principio di legalità non può servire ad escludere che, proprio in sede di determinazione legale ed allo scopo di attuare il massimo di potenzialità preventiva, vengano previste pene e modalità di esecuzione manifestamente eccessive rispetto alla gravità dei crimini commessi ed in ogni caso contrarie al senso di umanità. Si è affermato che lo spazio di discrezionalità riconosciuto al giudice nella commisurazione della pena favorisce la possibilità che, in questa sede, esigenze di prevenzione generale prendano il sopravvento su quelle volte a rapportare la sanzione da infliggere al reo alla gravità in concreto del fatto commesso dallo stesso soggetto. In questo modo si darebbe al giudice la possibilità di strumentalizzare la persona condannata per il perseguimento di fini di utilità sociale, che risultano totalmente estranei alla condotta del reo [60].

Infine, si è sostenuto che tale teoria non prende in considerazione il diverso aspetto, cosiddetto di "*pressione motivazionale*", secondo cui il comportamento del criminale può essere influenzato da fattori emotivi ed irrazionali, in quanto spesso l'uomo che delinque è soggetto a stimoli inconsci

ed irrazionali che appaiono difficilmente controllabili. Ebbene, in tali casi, quanto maggiore è l'influsso di tali fattori, tanto più difficile diventa cercare di modificare il comportamento del criminale facendo riferimento alle leggi dell'utilità[61].

A ciò si aggiunga che la versione classica della teoria della prevenzione generale è stata ulteriormente corretta sul presupposto che per ottenere il maggior effetto preventivo, non occorre realizzare in assoluto il maggiore livello di severità della sanzione penale, bensì bisogna considerare quello che la collettività, in un determinato momento storico, ritiene essere il più giusto, compatibilmente con le esigenze economiche del paese e di garanzia del cittadino.

A questo proposito si è obiettato che l'esperienza stessa della ininterrotta continuità dei fenomeni criminali fa sì che esistano tipologie di reati e di delinquenti che, per loro natura, sono incompatibili con il prospettato quadro di *costi-benefici*, prevedibili in un determinato momento storico. A tale critica si è però replicato che la teoria della prevenzione generale negativa non ha inteso sradicare interamente i fenomeni criminali, ritenendo sufficiente, per la sua credibilità, che la minaccia della pena serva a distogliere dal commettere i reati anche una limitata porzione della generalità di consociati[62].

In altri termini, bisogna riconoscere che non può ipotizzarsi il medesimo grado di permeabilità della coazione psicologica in relazione a qualsivoglia tipologia di illecito sanzionato con pena. Non si deve escludere infatti che spesso proprio gli illeciti più gravi, essendo espressione di un distacco dell'autore dalle regole della convivenza civile, possano risentire di meno di quella controspinta psicologica che la prospettiva di incorrere in una pena è in grado di suscitare.

In definitiva, la teoria della prevenzione generale negativa, per essere accettata, deve coniugarsi con un'insopprimibile istanza di proporzione che non può che essere desunta dalle teorie retributive.

1.3.2.4. *I pregi della prevenzione generale*. – Attualmente si parla di funzione generalpreventiva della pena anche in una diversa accezione, ossia come "**prevenzione generale positiva**" o come "**prevenzione integrazione**"[63].

I sostenitori della concezione della **prevenzione generale positiva in senso stretto** ritengono che il diritto debba essere visto come strumento per la stabilizzazione del sistema sociale e che la minaccia della pena debba assolvere ad una funzione di orientamento culturale dei consociati [64]. In altre parole, secondo tale impostazione, la forte disapprovazione sociale, della quale sia la minaccia che l'inflizione della pena sono il simbolo, serve a favorire l'identificazione della maggioranza dei cittadini con i valori tutelati dall'ordinamento facendo appello al senso di responsabilità dei consociati. L'importanza di alcuni beni tutelati dall'ordinamento fa sì che, al fine di ottenere un'ordinata convivenza civile, i cittadini debbano assumere l'impegno di assicurare la tutela di siffatti beni attraverso l'astensione personale dal tenere comportamenti che siano lesivi degli stessi. Il singolo cittadino diventa, quindi, il garante di un'ordinata convivenza civile che lo Stato, da solo, riconosce di non potere assicurare.

In questo modo si conferisce un ruolo determinante alla produzione del consenso sociale, mentre si accantonano le valutazioni dei singoli individui. Di conseguenza, la violazione della norma crea una serie di disfunzioni al sistema, non perché si ledono determinati interessi che la norma protegge (secondo il *principio di materialità ed offensività*), bensì perché viene posta in discussione la stessa norma e di conseguenza viene minata la fiducia dei consociati nella stabilità del sistema punitivo. In conclusione, secondo tale teoria, attraverso l'applicazione della pena si esercita la funzione primaria che si sostanzia nel produrre il riconoscimento delle norme e la fedeltà dei consociati nell'osservanza delle stesse. Si parte infatti dal presupposto che chi delinque appartiene ad una minoranza di soggetti che presentano connotati di negatività sociale. Si ritiene, quindi, che la pena serva a colmare i *deficit* di alcuni soggetti al fine di restituire alla società un soggetto diverso e determinato alla legalità.

Chiaramente l'effetto di ammonimento e di moralizzazione prodotto dalla minaccia della pena viene meno se alla minaccia della stessa non segue la sua effettiva applicazione, allorquando venga violato il precetto penale.

Tale teoria presta il fianco ad un duplice ordine di critiche. Da un lato, si è sostenuto che in questo modo si rievoca la stessa concezione retributiva della pena e, dall'altro lato, si è detto che tale teoria finisce con il privilegiare la soddisfazione dei bisogni di stabilità e certezza dell'ordinamento a scapito della funzione di rieducazione che la pena dovrebbe assolvere[65].

Un diverso discorso deve essere svolto in relazione alla teoria della **prevenzione generale integratrice**[66]. Secondo tale impostazione si deve fare riferimento al momento applicativo della pena senza considerare il condizionamento posto dagli effetti preventivi dell'agire del singolo. In questo modo il sistema penale diventa un'istanza di controllo che serve unicamente a mantenere la coesione sociale: non si parla più di risposta del singolo al messaggio educativo che gli viene trasmesso dalla norma penale.

La critica a tale concezione è stata quella che la pena così intesa non è più uno strumento di prevenzione generale dei reati, bensì diviene una tecnica di controllo e di governo della società, attraverso l'elaborazione di una serie di meccanismi di psicologia collettiva che hanno quale fine quello di ottenere il conformismo delle condotte[67].

In ogni caso e, a prescindere dalle diverse configurazioni della concezione generalpreventiva della pena, occorre considerare come tale teoria opera nei tre diversi momenti: della **minaccia**, dell'**inflizione** e dell'**esecuzione** della pena.

Nella fase della minaccia si esplica proprio la funzione di deterrenza tipica di tale concezione, dal momento che per impedire la commissione di fatti socialmente lesivi, occorre che il sistema penale si adoperi prima della loro commissione.

Nella fase dell'inflizione giudiziale della pena ad un singolo autore di reato la funzione di prevenzione generale occupa uno spazio più limitato. Ed infatti, se in questo momento si desse rilievo preponderante alla preoccupazione di distogliere i cittadini dal commettere atti criminosi, si tenderebbe inevitabilmente ad infliggere condanne esemplari, ossia talmente pesanti da suscitare nei potenziali rei il terrore di incorrere in sanzioni rigorose. In questo modo il rischio sarebbe quello di strumentalizzare il singolo delinquente il quale, per consentire il perseguimento dei fini di politica criminale, verrebbe punito non in misura proporzionale al reato commesso, ma nella misura ritenuta necessaria a intimorire coloro che non hanno ancora commesso reati.

La funzione di prevenzione generale svolge, poi, un ruolo decisamente marginale durante la fase di esecuzione della pena, laddove domina esclusivamente la preoccupazione per il trattamento rieducativo del reo.

1.3.2.5. *I pregi della prevenzione speciale*. – Si è già detto che, alla fine del XVIII secolo, Karl Grolman elaborò una teoria specialpreventiva della pena[68]. L'Autore partiva dal presupposto che la ragione giustificativa della pena per un delitto commesso non può che consistere nella necessità di rimuovere la minaccia di futuri delitti da parte dello stesso soggetto. A tale scopo è rivolta l'applicazione della pena che serve a distogliere il reo dalla sua propensione a commettere altri delitti rendendo così impossibile la sua ricaduta nel crimine. Il momento della previsione legale della pena, invece, serve non solo a fare conoscere in anticipo la sanzione prevista dal legislatore per quel tipo di reato, ma assolve anche una funzione di coazione psicologica nei confronti della generalità dei soggetti.

L'idea che la prevenzione dei reati possa realizzarsi non tanto attraverso l'influenza esercitata sulla generalità dei consociati dalla minaccia e dall'inflizione della pena, quanto piuttosto attraverso la sua applicazione alla singola persona che ha commesso un determinato fatto illecito, in modo che quest'ultima si astenga dal commettere ulteriori iniziative criminose, si profila quasi un secolo dopo gli esordi del pensiero di Karl Grolman, mediante l'elaborazione della **teoria dello scopo** della pena da parte di Franz von Liszt[69].

Secondo l'Autore la pena, essendo un "*mezzo per conseguire uno scopo*", ha tre obiettivi differenti ed alternativi che sono indirizzati a diverse tipologie di delinquenti. Si parla di *risocializzazione*, facendo riferimento a quei soggetti bisognosi di essere reintegrati in quanto presentano un quadro di comportamenti rispettoso delle regole della civile convivenza e che quindi possono essere proiettati verso trattamenti rieducativi; di *intimidazione*, facendo riferimento a quegli autori di reato che non presentano alcun aspetto di desocializzazione e si presentano inoltre come delinquenti occasionali; di *neutralizzazione,* facendo riferimento a quei delinquenti che sono bisognosi di risocializzazione, ma che purtroppo sono irrecuperabili.

La teoria del von Liszt pone come obiettivo ulteriore rispetto a quella

elaborata dal Grolman, la risocializzazione del soggetto. Questa finalità deve essere eseguita con altri mezzi che non siano la pena. La risocializzazione suggerisce quindi il ricorso a strumenti diversi dalla pena che servano a migliorare le condizioni di vita personali e sociali del reo. In proposito è significativo che lo strumento essenziale proposto dal von Liszt per punire i delinquenti irrecuperabili sia considerato l'isolamento a tempo indeterminato. Tale strumento di punizione deve essere disposto dal giudice in relazione alla terza condanna per uno dei delitti contro la proprietà ed il buon costume; deve essere eseguito entro stabilimenti particolari, quali le case di custodia o di lavoro; deve essere sottoposto a verifica quinquennale in relazione ad un'eventuale liberazione del detenuto sia pure con la previsione di una successiva consegna dello stesso ad altri istituti correzionali.

Una sanzione di tal genere, nell'attuale ordinamento, non è altro che una misura di sicurezza, che percorre un distinto binario rispetto a quello della pena in senso proprio. In conclusione, il Listz utilizza un concetto di pena ampio ed indifferenziato, comprensivo di qualsiasi strumento sanzionatorio; si parla infatti della *coercizione psicologica*, ossia dei motivi psicologici dell'agire umano, e di *coercizione meccanica*, ossia della vera e propria violenza.

In Italia, il pensiero del positivismo giuridico del XIX secolo sostiene la ragione **specialpreventiva** della pena. I sostenitori di tale teoria ritengono che la pena abbia la funzione di eliminare il pericolo che il soggetto a cui viene applicata possa ricadere nel reato.

La tecnica più antica si sostanzia nella neutralizzazione del soggetto pericoloso ottenuta attraverso l'impiego della coercizione fisica o di forme di interdizione giuridica oppure attraverso l'emenda morale del reo.

Il massimo rappresentante del positivismo criminologico è stato Enrico Ferri, il quale sottopone a critica la funzione preventiva esercitata dalla pena mediante intimidazione[70]. L'Autore sottolinea l'importanza dei fattori naturali e sociali nella genesi della criminalità, rispetto ai quali la minaccia e l'applicazione della pena può svolgere un ruolo dissuasivo molto limitato. Viene quindi elaborata la teoria dei *mezzi eliminativi* e dei *sostitutivi penali.* Si tratta di provvedimenti distinti dalla pena, tutti volti a realizzare un'autentica prevenzione dei reati fondata sull'osservazione e sullo studio dei fenomeni criminali nella loro dimensione individuale e sociale; sono quasi tutti provvedimenti *ante delictum,* che vanno situati sia sul piano della prevenzione da parte degli organi di polizia che su quello più ampio della prevenzione sociale.

Il Ferri riserva in ogni caso un ruolo alla pena-castigo che, pur non es-

sendo un rimedio efficace al delitto, ha un'efficacia preventiva negativa, nel senso che la sua mancata adozione funziona come fattore criminogeno.

1.3.2.6. *La prevenzione speciale come risocializzazione*. – Nell'epoca moderna la prevenzione speciale ha come criterio guida la risocializzazione del reo. Si parte dal presupposto che l'uomo deve (è destinato a) vivere nella società e che, perciò, si deve prevedere il suo ritorno nella comunità dalla quale il soggetto è stato estraniato. Si deve fare percorrere al reo un processo di riadattamento alla vita sociale attraverso l'eliminazione di tutti i fattori che hanno determinato o favorito il delitto. La pena deve, essere adeguata ai bisogni di risocializzazione del singolo e deve essere protratta fino a quando non si ritenga raggiunta la sua risocializzazione [71].

La prospettiva della risocializzazione presiede alla fase esecutiva della pena; è, infatti, durante l'esecuzione della pena che si procede al trattamento individualizzato del colpevole, al fine di favorirne il più possibile il riadattamento.

Tuttavia, l'idea rieducativa svolge un ruolo importante anche nella fase antecedente dell'inflizione o commisurazione giudiziale della pena, dal momento che, sia nella scelta del tipo che dell'entità della sanzione, il giudice deve farsi guidare dalla preoccupazione di incidere sulla personalità del soggetto.

Sono questi i motivi per i quali lo scopo specialpreventivo ha favorito la nascita di nuove modalità punitive, in tutto o in parte alternative alla pena privativa della libertà personale, si parla di misure alternative e di pene sostitutive. La pena scontata all'interno del carcere perde progressivamente la propria centralità per trasformarsi in un segmento delle nuove politiche del controllo sociale di tipo penale. Ne consegue inevitabilmente che il momento correzionale da "*intra murario*" si riversa fuori dalle mura del carcere.

Le pene sostitutive, introdotte dalla Legge 24 novembre 1981, n. 689 e successive modifiche e le misure alternative alla pena privativa della libertà personale, stabilite dalla Legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario segnano, infine, la definitiva crisi del modello carcerario. Secondo tale sistema il giudice della cognizione, operando una valutazione discrezionale, deciderà se applicare al reo le pene sostitutive mentre, nella

fase esecutiva, il Tribunale di Sorveglianza avrà il potere di applicare le misure alternative.

Questo dibattito, tuttavia non può essere avulso dal contesto nel quale viviamo. Il suo presupposto sta nella possibilità che la pena sia irrogata e debba essere scontata in epoca non molto lontana dalla commissione del delitto e che vi sia un'organizzazione penitenziaria in grado di fare fronte al trattamento individualizzato nei confronti del condannato. È evidente che se tali condizioni mancano, tutto il dibattito finisce con l'essere di tipo astratto.

1.4.1. *L'evoluzione costituzionale della teoria della pena*

I principi cui il nostro legislatore ha ritenuto doversi ispirare in ordine alle finalità che deve conseguire la pena sono espressi nell'art. 27 della Carta costituzionale[72].

Inoltre, l'art. 25 Cost. e l'art. 1 c.p., stabiliscono per le pene il principio già affermato per il reato. Più precisamente, non si può essere puniti per un fatto che non sia stato previsto dalla legge come reato, né si può essere sottoposti a pene diverse da quelle previamente stabilite dalla legge medesima. In altri e più chiari termini si viola il principio di legalità tutte le volte in cui si assumono, nell'ambito di una determinata previsione normativa, fatti concreti che non possono esservi ricompresi, oppure quando si applicano sanzioni che non sono legislativamente previste[73].

A ciò si aggiunga che l'interazione dei principi della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) e della legalità (art. 25, comma II, Cost.), significativamente integrati dal disposto di cui agli articoli 2, 3 e 73 della Costituzione, hanno fornito, come si vedrà nel successivo capitolo, alla Corte Costituzionale, la chiave di lettura per risolvere il problema della legittimità costituzionale della assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, prevista dall'art. 5 c.p.

Esaminiamo il disposto dell'art. 27 della Costituzione, dove al III com-

ma, dispone che: "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*" [74].

La prima parte di questa complessa formulazione sembra volere ribadire che, dal momento che la pena consiste nell'inflizione all'autore dell'illecito di una sofferenza, quest'ultima, da un lato, non si può concretizzare in comportamenti che siano volti a mortificare o annullare la dignità dell'essere umano e, dall'altro lato, non deve offendere il corrispondente livello di sensibilità dei consociati, i quali sono fiduciosi in una sua corretta applicazione. Le pene, quindi, non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. In altre parole, seppure formulata in modo negativo, la disposizione prevede che le pene non possono essere strutturate, in via di fatto, in modo da ledere gravemente il rispetto della personalità del condannato.

Il citato articolo prosegue, poi, con una enunciazione positiva nella quale si dispone che le pene "*devono tendere alla rieducazione del condannato*".

Ad una prima lettura sembrerebbe che il costituente abbia voluto perseguire la strada della prevenzione speciale; in particolare, nelle sue due componenti positive. Il termine *condannato*, adoperato dal legislatore nella formulazione del III comma dell'art. 27 Cost, pone in primo piano la persona che ha delinquito, non anche la generalità dei consociati. Non solo, ma la nozione stessa di *rieducazione*, appare connotata da elementi di carattere positivo e la si può rapportare alla nozione di emenda morale e di risocializzazione del soggetto, cui fa riferimento per l'appunto la teoria della prevenzione speciale.

Così non è. In primo luogo, il termine rieducazione non ha quale corrispondente l'emenda morale del reo o la sua risocializzazione. In proposito giova ricordare quanto si è già detto in altra parte, laddove si è avuto modo di precisare che tali finalità, pur essendo accomunate dall'intento di evitare al reo ricadute nel delitto, differiscono profondamente, in quanto, mentre l'emenda è volta a promuovere una rigenerazione interiore della persona, la risocializzazione serve ad adeguare il comportamento di chi ha delinquito alle esigenze ed alle aspettative di una pacifica convivenza sociale. Di conseguenza, mentre l'emenda è legata alla natura afflittiva della pena e denuncia, quindi, una scarsa compatibilità con il complessivo quadro costituzionale di uno Stato liberaldemocratico, la risocializzazione, pur perse-

guendo una finalità specialpreventiva rispettosa degli ambiti interiori della personalità individuale, esprime una valenza che va oltre la pena, nella sua specifica portata affettiva.

In realtà, nel formulare l'art. 27 della Costituzione, il costituente si è limitato ad affermare che le pene devono avere quale obiettivo quello della rieducazione del reo. Il costituente, in tal modo, non impone modelli obbligatori di sanzioni afflittive e lascia al legislatore ordinario la libertà di modulare, nel rispetto di tale limite, le singole misure. Pone, invece, limiti esterni, nel senso che i modelli concreti, di cui si dà per scontata l'afflittività, non devono essere contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione, così riservando un controllo alla Corte Costituzionale per il caso in cui la scelta del legislatore ordinario si concreti in misure contrastanti con l'esigenza di umanità e impeditive del recupero del condannato. È ovvia conseguenza che politica criminale e prassi giudiziaria devono assecondare tale disegno.

Sicuramente il legislatore nell'utilizzare espressamente il termine *deve*, vuole segnare la strada che la politica criminale, la legislazione ordinaria e la prassi penitenziaria devono percorrere, ossia le stesse sono obbligate a configurare una disciplina della pena (che non consiste nella, ma è) orientata alla rieducazione del condannato.

Il corollario di tali enunciazioni si rinviene, poi, nell'art. 27, comma IV della Costituzione, secondo cui: "*non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*".

La pena di morte è sicuramente una pena contraria al senso di umanità per le seguenti ragioni: il bene della vita è assolutamente indisponibile, la sanzione penale non deve considerarsi una vendetta ed infine, la sofferenza psicologica del condannato, il quale viene privato dell'esperienza esistenziale della propria vita, è intollerabile. Ma prima ancora la pena di morte si pone in totale contrasto con la finalità rieducativa e di recupero della pena[75].

Infatti il legislatore, nella formulazione di tale norma, ha ben presente che il rispetto dell'uomo che delinque è una premessa fondamentale affinché (non solo lo si rieduchi, ma) se ne tenti il recupero sociale. Il concetto di rieducazione implica, quindi, necessariamente il rifiuto del tradizionale

significato di emenda morale, a favore di una prospettiva di recupero sociale del condannato. Attraverso la sanzione penale, si deve offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel senso del rispetto di quella altrui; si deve quindi tendere a favorire un'effettiva integrazione del soggetto nel tessuto sociale di riferimento tramite la realizzazione di programmi di reinserimento volti alla realizzazione di forme efficaci di sostegno socioculturale, le quali si possono realizzare anche attraverso le misure alternative alla detenzione. Chiaramente il singolo trattamento di recupero richiede la volontaria ed attiva adesione del soggetto per un reale e concreto sviluppo della sua personalità. Nell'ipotesi di rifiuto del reo, un diritto penale che si faccia portavoce dei principi costituzionali, non può reagire riproponendo risposte sanzionatorie rigoristiche di tipo repressivo-affittivo, ma solo cercando di realizzare quelle condizioni di non ulteriore desocializzazione, che sono normalmente collegate all'esecuzione della pena all'interno del carcere. In questi casi, non essendo possibile il raggiungimento di finalità di risocializzazione saranno legittime le esigenze di tipo generalpreventivo.

Considerazioni analoghe devono essere svolte anche per un altro gruppo di casi: ci si riferisce a coloro i quali, pur essendo autori di reati, non necessitano di alcuna risocializzazione, in quanto sono soggetti perfettamente integrati nel contesto sociale. In tali ultime ipotesi, il principio della risocializzazione mantiene tutta la sua validità attraverso il suo reciproco della "*non desocializzazione*", in quanto l'esecuzione della pena in ogni caso può essere strutturata in modo gratificante e produttivo, evitando così le conseguenze della desocializzazione del condannato.

Il nostro ordinamento consente dunque che in rapporto alla funzione della pena possano essere raggiunti gli scopi positivi della prevenzione che, sul piano generale, sono costituiti dal rafforzamento della coscienza sociale intorno ai principi o valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico: e sul piano individuale, dal recupero sociale per il condannato che sia interessato e, comunque, dalla sua non desocializzazione.

1.4.2. *Il concetto costituzionale di rieducazione*

L'equivocità della norma costituzionale ha favorito il proliferare di plurime e contraddittorie interpretazioni, relative allo scopo della pena, da parte non solo della dottrina penalistica ma anche della giurisprudenza.

Secondo un'interpretazione eclettica gli scopi della pena sono plurimi, in quanto può essere finalizzata sia a scopi di prevenzione generale che speciale. La pena, in questo modo, diviene un'entità complessa nella quale

sono presenti intenti diversi che di volta in volta prevalgono gli uni sugli altri [76].

La necessità di creare soluzioni che riescano a contemperare i diversi intenti perseguiti dalla pena hanno indotto alcuni teorici del diritto ad elaborare interessanti teorie che prevedono un raccordo tra i diversi scopi perseguiti dalla sanzione penale. Interessante appare al riguardo la teoria elaborata nella metà degli anni '60 da Claus Roxin. Secondo tale teoria, per ciascuna fase della sanzione, ossia per la minaccia, irrogazione ed esecuzione, esistono finalità politico-criminali dominanti e finalità recessive. In particolare, si sostiene che nella fase della minaccia la pena assolve necessariamente ad una funzione di prevenzione generale, mentre in quella commisurativa è guidata dal principio della prevenzione speciale, con il limite invalicabile della pena proporzionata alla colpevolezza del reo. Infine, la fase esecutiva dovrebbe perseguire sempre, quando è possibile la risocializzazione del condannato [77].

Tale modello che, probabilmente contiene un'elaborazione raffinata della teoria della commisurazione della pena, non ha ricevuto, nel nostro ordinamento grandi consensi. La Corte Costituzionale non ha mai mostrato grande interesse verso questa elaborazione dottrinaria essendosi per lungo tempo trincerata dietro una concezione polifunzionale della pena.

In particolare, la Corte Costituzionale, aderendo ad un'impostazione di una pena polifunzionale, è giunta a ritenere che la stessa sia sempre costituzionalmente legittima, qualunque sia la finalità cui è diretta. La posizione della Consulta nei confronti dello scopo perseguito dalla pena, in questo periodo, è sicuramente agnostica. Si ritiene infatti che alla finalità rieducativa della pena non possa essere assicurata alcuna priorità, dovendosi sempre operare un contemperamento tra questa e gli altri elementi che caratterizzano la sanzione penale.

In proposito giova ricordare le sentenze n. 12/1966 e n. 264/1974 [78], con

le quali la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie e di quella dell'ergastolo rispetto alla loro finalità rieducativa.

In entrambe le pronunce la Corte, pur riconoscendo sia nelle pene pecuniarie che in quella perpetua, la totale assenza dello scopo special preventivo, giunge a sostenere che "*in considerazione delle altre funzioni della pena, che al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine pubblico contro la delinquenza e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale*" (sent. n. 12/1966), tali istituti devono considerarsi costituzionalmente legittimi.

Nella motivazione della sentenza n. 264/1974 si fa riferimento in modo ancora più esplicito alla teoria polifunzionale della pena, laddove si ritiene che "*la funzione (e fine) della pena non è certo il solo ravvedimento del delinquente, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle teorie positiviste, secondo cui esisterebbero soggetti sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano non meno dell'emenda, alle radici della pena*".

Gli orientamenti giurisprudenziali richiamati hanno quale radice comune un concetto di pena intesa in senso polifunzionale di tipo additivo, secondo cui gli scopi della stessa hanno tutti pari rango e sono quindi equivalenti.

Soltanto a partire dalla metà degli anni settanta la Corte Costituzionale si orientò verso una diversa interpretazione della finalità della pena, ossia quella di tipo "*associativo dialettico*". In applicazione di tale principio ai tre distinti momenti in cui si sviluppa il fenomeno penale, ossia quello **edittale**, **commisurativo** ed **esecutivo**, si attribuisce una distinta finalità. In particolare il fine utilitaristico della risocializzazione accompagnerebbe la sola fase dell'esecuzione della pena, ossia quando al condannato si applica il trattamento penitenziario, laddove la fase edittale sarebbe dominata esclusivamente da scopi specialpreventivi.

Tuttavia, ancora in questi anni, assistiamo al dibattito sulla questione di una pena intesa in senso polifunzionale. Tale disputa la si rinviene anche negli incontri tenutisi in ordine alla questione penitenziaria, poi sfociati nella riforma carceraria disciplinata dalla Legge n. 354/1975. L'ordinamento penitenziario diverrà quindi il terreno privilegiato ove saranno presentate questioni di costituzionalità, prevalentemente per quanto attiene il carattere rieducativo della pena.

In proposito, singolare appare una pronuncia della Corte Costituzionale (n. 204/1974), nella quale la Consulta nel censurare la competenza del Ministro di Grazia e Giustizia a concedere il beneficio della liberazione condizionale, si esprime in favore della sua giurisdizionalizzazione[79]. L'intervento abrogativo della Corte costrinse il legislatore (con la Legge 15 febbraio 1975, n. 6) a trasferire la competenza sulla concessione di siffatto beneficio alla Corte d'Appello, così finendo con il fargli perdere la natura di beneficio discrezionale per farlo divenire un vero e proprio diritto.

Nella motivazione della citata pronuncia si afferma che la liberazione condizionale ha un peso decisivo sino al punto di atteggiarsi ad un aspetto particolare del trattamento penale. Di conseguenza, proprio in virtù del disposto costituzionale sulla pena, sorge il diritto del condannato a che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se la qualità della pena espiata abbia o meno assolto positivamente il suo fine rieducativo. Per la prima volta si parla di **vero e proprio diritto alla rieducazione** a tal punto importante da fare sì che il beneficio della liberazione condizionale non possa essere più applicato facoltativamente ma divenga, per l'organo competente, un obbligo.

La Corte parla infatti di "*obbligo assoluto per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi e le forme atte a garantirle*", al quale fa riscontro "*il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla normativa di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente il suo fine rieducativo*"[80].

I sostenitori della pena intesa nel senso di rieducazione hanno ritenuto che in questo modo la Corte Costituzionale ha inferto un primo colpo al principio dell'intangibilità del giudicato penale, riconoscendo che la pena irrogata dal giudice debba essere disattesa in ragione dei progressi compiuti dal condannato.

Il processo evolutivo che si determinò con la legge di riforma peniten-

ziaria del 1975, incontrerà la sua fase più compiuta nella riforma carceraria del 1986 (Legge n. 663/1986 c.d. "Legge Gozzini") che prevede la massima flessibilità della pena nella fase esecutiva. La pena può essere diversa, sia nella durata che nella modalità di inflizione, da quella giudizialmente determinata dal giudice della cognizione. In questo modo si è operato un mutamento nei confronti di una tradizione ancorata al principio dell'intangibilità del giudicato, secondo una logica che prevede la meritevolezza del castigo nella commisurazione della pena. Questo mutamento ha favorito un processo di progressiva autonomia della fase esecutivo-penitenziaria e si è finito con l'attribuire progressivamente a organi della giurisdizione, quali il Tribunale ed il Giudice di Sorveglianza, la facoltà di modificare la quantità e qualità della pena irrogata.

1.5.1. *La personalizzazione della sanzione penale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*

L'art. 27 Cost. è rilevante non solo perché stabilisce i limiti della responsabilità penale, ma, come si è visto, anche per definire i confini della sanzione. Al riguardo, la Consulta, in alcune remote sentenze, aveva operato una lettura del primo comma dell'art. 27 Cost., in chiave di mero divieto di responsabilità per fatto altrui, dichiarando espressamente la legittimità costituzionale della responsabilità oggettiva. Al riguardo giova ricordare la sentenza n. 107/1957 ove si afferma "*L'art. 27 della Costituzione contiene ... un tassativo divieto della responsabilità per fatto altrui, senza alcun riferimento al divieto della cosiddetta responsabilità oggettiva … Il limpido significato della norma stessa è confermato … dai lavori preparatori, nei quali espressamente ed univocamente fu manifestato, come unico scopo della disposizione, quello di vietare tutte le forme di repressione che avevano avuto recenti esempi di triste esperienza, relativi a responsabilità estesa a persone o a gruppi di persone estranee al reato e diverse dal colpevole, ma che costituivano soltanto rappresaglia e vendetta contro gruppi familiari o etnici ai quali l'imputato apparteneva. La solenne riaffermazione della limitazione della responsabilità penale alle sole conseguenze del fatto proprio, assumeva perciò il significato della riaffermazione di un alto principio di civiltà giuridica. Così inteso, il contenuto della prima parte dell'art. 27, già citato, richiede come requisito della responsabilità penale personale quel rapporto di causalità materiale tra azione ed evento che è enunciato nell'art. 40 c.p. e che è sufficiente a stabilire tra il soggetto ed il fatto preveduto come reato, quel carattere di suità in cui consiste il requisito della personalità della responsabilità penale*" [81].

D'altra parte non erano estranee all'esperienza del Costituente dell'epoca ipotesi di responsabilità per fatto altrui; basta ricordare le pene collettive o le decimazioni avvenute durante l'ultimo conflitto, o le disposizioni in tema di confisca dei beni, che colpivano anche la famiglia del reo, pronunce emanate tra il 1944 ed il 1946.

Tutto sommato, già allora, si trattava di forme anacronistiche di responsabilità. In particolare, si poteva ipotizzare una rilevanza del principio costituzionale in rapporto a forme di responsabilità di posizione, quale era ad esempio la responsabilità del direttore o del redattore responsabile di stampa periodica per i reati commessi da altri a mezzo stampa, secondo l'originaria formulazione dell'art. 57, n. 1 c.p., per il solo fatto della loro qualifica.

È appena il caso di rilevare che la Consulta, chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale della richiamata disposizione, con la sentenza n. 3/1956 dichiarò la questione infondata, rinvenendo tra l'omissione della vigilanza e l'evento prodotto dall'altrui condotta, "*un nesso di causalità materiale, al quale si accompagna un certo nesso psichico sufficiente a conferire alla responsabilità il connotato della personalità*" [82].

In altre sentenze, poi, la Consulta, chiamata a decidere su singole ipotesi di imputazione di responsabilità su base meramente oggettiva, nel ribadire che la responsabilità oggettiva è qualcosa di diverso dalla responsabilità per fatto altrui, ha segnalato la necessità della presenza di un rapporto di "*causalità psichica*", da aggiungere a quello della causalità materiale, che individuava nel requisito non scritto della prevedibilità. Quest'ultima integrava, a giudizio della Consulta, quel nesso psichico che, collegando il fatto al soggetto, soddisfaceva le esigenze di personalità della responsabilità.

1.5.2. *Gli effetti della giurisprudenza costituzionale*

La vera svolta del sistema si è avuta con la sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988 [83]. Nella storica sentenza la Consulta è partita dalla ricostruzione della *ratio* relativa alla norma di cui all'art. 27 Cost., che detta la regola della personalità della responsabilità penale, giungendo a riconoscere il fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, facendo leva sul collegamento che intercorre tra il I ed il III comma dell'art. 27 Cost. In altri termini la Consulta equipara la responsabilità personale a quella colpevole, ponendo l'accento sulla funzione specialpreventiva della pena.

La Corte Costituzionale ha inteso tale regola di civiltà non solo come

divieto di responsabilità per fatto altrui, ma le ha conferito un ambito concettuale più ampio, collegandola alla concezione dell'illecito penale come illecito personale, caratterizzato dalla presenza del coefficiente soggettivo "*in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica*". In altri termini, il principio accolto dalla Consulta può essere meglio definito come principio della responsabilità **per fatto proprio colpevole**. Esso si contrassegna, da un lato, per la presenza di un nesso psicologico tra la condotta e l'evento, e dall'altro lato, per la valorizzazione della effettiva relazione tra il soggetto e la legge penale. Tutto ciò esige la necessità della corretta conoscenza del precetto da parte del soggetto agente, da ciò l'illegittimità della presunzione assoluta di conoscenza della legge penale.

In questo modo la Corte Costituzionale, nel valorizzare il requisito della possibilità di conoscenza dell'illiceità, ha inteso dare piena realizzazione al principio di colpevolezza, secondo i dettami della concezione normativa[84]. Secondo tale concezione l'organo giudicante, dopo avere effettuato un preventivo accertamento dell'imputabilità del soggetto, deve compiere un giudizio di rimproverabilità in concreto nel quale, si deve valutare l'effettiva esigibilità del rispetto della norma violata in base ad una molteplicità di fattori, onde irrogare una sanzione che sia in grado di fare comprendere al reo il disvalore del fatto commesso.

In quest'ottica, se l'ignoranza della norma da parte del soggetto agente risulta evitabile, non assume rilevanza il mancato instaurarsi della relazione tra soggetto e norma penale, in quanto tale comportamento esprime la riprovevole indifferenza del soggetto nei confronti dell'ordinamento, il suo fatto resta quindi colpevole. Chiaramente la corretta esplicazione della finalità rieducativa postula la possibilità di riconoscere come illecito il fatto da parte dell'agente.

Pertanto, secondo la Consulta, l'impossibilità di conoscenza della norma, la sua carente riconoscibilità, pongono il soggetto nella scusabile condizione di non potere individuare come contraria alla legge la propria condotta.

La Corte Costituzionale considera la riconoscibilità l'elemento di raccordo tra il principio di legalità ed il principio di colpevolezza. Quest'ultimo infatti è "*indispensabile … per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili*".

In armonia con il postulato normativo della colpevolezza, la Consulta non richiede la conoscenza della norma penale, ma solo la possibilità di conoscerla e ad essa attribuisce "*un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti*".

La Consulta amplia, quindi, il principio di colpevolezza non perché ritenga necessaria la presenza del dolo o della colpa ai fini dell'attribuzione della responsabilità, ma perché, con la parziale scusabilità dell'*error juris,* la Corte Costituzionale introduce il requisito della coscienza dell'illiceità ai fini della responsabilità penale.

In altri termini, perché un soggetto possa essere considerato responsabile penalmente occorre che un fatto gli sia imputato sia dal punto di vista della causazione materiale, imputazione oggettiva, sia dal punto di vista dell'attribuibilità psicologica, imputazione soggettiva.

Sul punto va riportato il passo più significativo della pronuncia laddove si statuisce che: "*... comunque si intenda la funzione rieducativa.. essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la 'rieducazione' di chi non essendo almeno in colpa non ha certo bisogno di essere rieducato*". Nella motivazione della citata sentenza n. 364/1988 si legge ancora "*l'art. 27 Cost. non può essere adeguatamente compreso ove lo si legga in maniera per così dire spezzettata, senza collegamenti interni. I commi primo e terzo vanno letti in stretto collegamento; essi, infatti, pur enunciando distinti principi, costituiscono un'unitaria presa di posizione in relazione ai requisiti subiettivi minimi che il reato deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati particolarmente nel terzo comma. Delle due l'una: o il primo è in palese contraddizione con il terzo comma della Costituzione, oppure è, appunto quest'ultimo comma che svela, ove ve ne fosse bisogno, l'esatto significato e la precisa portata che il principio della responsabilità personale assume nella Costituzione*".

La Consulta, in tale pronuncia ha, per la prima volta, operato un esplicito collegamento tra colpevolezza e funzione preventiva delle sanzioni penali che, da un lato appaiono collegate alla finalità preventiva della pena e, dall'altro, alla "*funzione di orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi penali*". Tale sostanziale identificazione del principio di colpevolezza con il precetto di cui al I comma dell'art. 27 Cost., si rinviene chiaramente, anche, nella parte della pronuncia laddove si afferma che "*la colpevolezza costituzionalmente richiesta non costituisce elemento da potere essere, per discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato*".

Questo duplice titolo d'imputazione costituisce il presupposto affinché venga rispettato il principio sancito dal 1° comma dell'art. 27 Cost. ed una conferma di questo assunto si ottiene anche argomentando in termini di teoria della pena.

In particolare, la necessità dell'integrazione sociale ha notevoli implicazioni con il principio della personalità della responsabilità come sopra de-

lineato. Infatti, soltanto in rapporto ad un fatto che sia proprio di un soggetto, tale da potere essere avvertito come integrale espressione della persona, può essere intrapresa un'azione di risocializzazione e confidarsi in una non ulteriore desocializzazione del soggetto. D'altra parte in un'ottica di prevenzione generale, l'adesione ai principi dell'ordinamento può determinarsi soltanto se i consociati vengono chiamati a rispondere penalmente per i fatti che siano inequivocamente ad essi imputabili, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo[85].

Sulla scorta di tali argomentazioni, nel nostro ordinamento, è possibile non solo affermare l'incompatibilità della responsabilità per fatto altrui, ma anche della responsabilità oggettiva, che, in quanto fondata sulla sola causazione fisica dell'evento, non considera indispensabile la sua riconducibilità alla personalità del soggetto, con ciò ponendosi in contrasto non solo con la norma di cui all'art. 27, I comma, Cost., ma anche con i principi normativi che, in positivo o in negativo, disciplinano la funzione della pena nel nostro ordinamento.

In conclusione, l'interazione dei principi di personalità della responsabilità penale, art. 27, comma I, Cost., di legalità, art. 25, comma II, Cost., e di rieducazione, art. 27, comma III, Cost., ha fornito alla Consulta la base argomentativa per risolvere il problema, denso di implicazioni, dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, contenuta nell'art. 5 c.p., che era espressione di un'impostazione autoritaria dell'ordinamento giuridico.

In una successiva pronuncia, la n. 1085/1988, la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere sulla costituzionalità dell'art. 626 c.p. ed ha dichiarato costituzionalmente illegittima tale disposizione, nella parte in cui non estende la disciplina sul furto d'uso alle ipotesi di mancata restituzione, dipesa da caso fortuito o forza maggiore, dopo un uso momentaneo, delle cose sottratte. La Consulta ha posto l'accenno sull'importanza della mancata restituzione della cosa sottratta al cui verificarsi la legge collega le più gravi sanzioni previste per le ipotesi di furto ordinario ed ha ritenuto che, al dato obiettivo della mancata restituzione, debba essere collegato quello subiettivo del dolo o della colpa in cui versi il soggetto agente.

Nella motivazione si legge che l'elemento psicologico del furto d'uso si deve rinvenire in entrambi i momenti della condotta (*sottrazione e mancata restituzione*) in quanto solo la compresenza di tali elementi è idonea a "*generare il rimprovero di cui all'art. 27, primo comma, Cost.*"; di conseguenza,

la mancata restituzione “*se è dovuta a caso fortuito o forza maggiore, non è addebitabile al soggetto agente: il caso fortuito e la forza maggiore impediscono, di conseguenza, il rimprovero a titolo di furto comune dell'unitaria predetta ipotesi*”. In tale pronuncia la Corte ha, quindi, escluso che l'art. 27 Cost. contenga un divieto tassativo della responsabilità oggettiva, ma ha in ogni caso affermato che i comportamenti, per essere incriminati, debbano essere non solo soggettivamente collegati all'agente, ma anche allo stesso “*rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati*” [86].

In conclusione nelle note pronunce nn. 364 e 1085/1988 la Consulta ha attribuito all'art. 27 Cost. il significato, non già di mero divieto di responsabilità per fatto altrui, bensì di fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, stabilendo che non si possa parlare di responsabilità penale se non ci si trovi in presenza di un fatto proprio colpevole [87].

Sicuramente la sentenza che ha segnato il definitivo superamento della concezione polifunzionale della pena è la n. 313/1990, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 27 Cost., comma III, l'art. 444, comma II, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice possa valutare la congruità a fini specialpreventivi della pena indicata dalle parti nel patteggiamento, rigettando la richiesta nel caso di valutazione sfavorevole. La Corte riconosce l'assenza di nesso tra la scelta dell'imputato a favore di un procedimento speciale e le esigenze di rieducazione, potendo la prima dipendere da un mero calcolo utilitaristico svincolato da elementi capaci di indicare un avvenuto o possibile ravvedimento. Tanto ciò è vero che tale scelta processuale si può porre in contrasto con l'esigenza di orientare il trattamento preventivo a finalità rieducative. In altri termini, se il momento commisurativo della pena deve essere interpretato alla luce dello scopo specialpreventivo, occorre censurare co-

me illegittima la disciplina del patteggiamento in quanto non attribuisce al giudice alcun sindacato sulla congruità ed adeguatezza della pena individuata dalle parti a fini rieducativi. Si legge nella motivazione "*la necessità costituzionale che la pena debba tendere alla rieducazione, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica, invece, proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*" ed ancora "*il precetto di cui al 3° comma dell'art. 27 Cost. deve valere tanto per il legislatore che per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione o della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie*" [88].

La Corte, sul presupposto che a base della concreta determinazione della pena si pone un problema di adeguatezza e proporzionalità, legge la finalità rieducativa della stessa come il suo fine primario, sia in fase di ideazione in sede legislativa sia in fase di cognizione e di esecuzione e assume, quindi, che il precetto di cui all'art. 27 Cost., comma III, è imperativo tanto per il legislatore quanto per i giudici, i quali ne devono tenere conto nella determinazione concreta della sanzione (nel senso che la pena adeguata deve essere rapportata non solo al disvalore sociale che il reato esprime, ma anche a ciò che è necessario o opportuno al fine del recupero del condannato). In questo modo, la Corte esclude che istanze specialpreventive possano giustificare l'inflizione di una sanzione superiore al grado di colpevolezza del reo, dal momento che non si può prescindere dallo stretto collegamento che intercorre tra il principio di rieducazione e quello di proporzione. Per gli stessi motivi la Corte ritiene che non possono avere seguito, sempre nella fase della comminatoria della pena, istanze generalpreventive che legittimino l'inflizione di pene esemplari, da utilizzare come monito alla collettività.

D'altra parte, lo stesso legislatore ha affidato alla pena una funzione rieducativa, attraverso gli istituti della liberazione condizionale, delle misure alternative alla detenzione (quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la detenzione domiciliare, la liberazione anticipata), delle sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi.

Il termine "*rieducare*" comporta quindi un ritorno del condannato nella comunità sociale dopo avere corretto i propri comportamenti ed essere stato reinserito progressivamente nel proprio contesto sociale di riferimento. Chiaramente, come si è già evidenziato, la tecnica di rieducazione muterà a

seconda che si tratti di un soggetto emarginato o di un soggetto socialmente bene inserito.

1.6. *I percorsi legislativi di politica penale in Italia*

L'evoluzione tratteggiata rende manifesto che l'evoluzione legislativa non è stata lineare e coerente, ma ha assunto le caratteristiche di una catena segmentata, spesso non coerente e dettata da reazioni emotive dinanzi a vicende concrete che hanno colpito in maniera rilevante la coscienza collettiva. Si è così avuto un susseguirsi, spesso confuso, di interventi legislativi diretti per lo più a realizzare appieno le istanze rieducative nell'applicazione della pena. In particolare e, a titolo esemplificativo, giova ricordare: a) la modifica della disciplina dell'ergastolo che è servita ad eliminare la contraddizione esistente tra il carattere perpetuo della pena irrogata e la sua finalità rieducativa. La Legge n. 1634/1962 ha previsto l'applicabilità dell'istituto della liberazione condizionale allorquando il soggetto abbia scontato già ventotto anni di carcere e la successiva Legge n. 663/1986 ha previsto un ulteriore riduzione della pena a ventisei anni, oltre ad avere esteso anche agli ergastolani il beneficio della semilibertà e liberazione anticipata; b) la Legge n. 354/1975 che, come vedremo, ha modificato radicalmente l'ordinamento penitenziario, introducendo alcune misure alternative alla detenzione sul modello della *probation*; c) l'ulteriore riforma penitenziaria realizzatasi con l'emanazione della Legge n. 663/1986 (Legge Gozzini) che ha tentato un'ulteriore accentuazione della dimensione rieducativa della disciplina della pena; d) l'entrata in vigore della Legge n. 689/1981 che ha introdotto il sistema delle "*sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi*"; e) infine con l'entrata in vigore della Legge n. 165/1998 (Legge Simeone) si è verificato un ulteriore ampliamento delle possibilità di accesso alle misure alternative.

Al susseguirsi disordinato di tali provvedimenti, si è anche aggiunta l'entrata in vigore nel 1989 del nuovo codice di procedura penale che ha introdotto, al VI libro titolato "*procedimenti speciali*", percorsi alternativi nella gestione del processo. L'introduzione nel processo penale dei riti alternativi, ossia del rito abbreviato e del patteggiamento della pena, ha determinato una situazione di grande imprevedibilità nell'applicazione concreta della pena che sicuramente si concilia male con il principio di legalità e con la finalità che la pena stessa persegue. Più precisamente lascia perplessi che il legislatore preveda in astratto livelli di pena determinati e che in concreto tale previsione non si persegua in quanto la stessa si scontra

con la causalità del processo giudiziario seguito o della scelta sanzionatoria alternativa prescelta. A ciò si aggiunga che l'enorme dilatazione dei tempi processuali e la conseguente necessità di dare immediatamente una risposta satisfattoria all'allarme sociale ha spesso indotto l'autorità giudiziaria inquirente ad abusare dello strumento della "*pena senza processo*".

In conclusione, il divario esistente tra pena minacciata e quella irrogata in sentenza e tra quest'ultima e quella effettivamente eseguita è ormai di così ampie proporzioni da determinare spazi crescenti di vera e propria ineffettività dei castighi legali. In questo sistema sempre più forte sta diventando la voce di coloro i quali, stigmatizzando negativamente le violazioni perpetrate ai principi di uguaglianza e certezza del diritto, suggeriscono, prendendo spunto da un processo ispirato ai principi di un diritto penale minimo[89], una riforma del sistema in favore di un sistema sanzionatorio più mite nelle previsioni edittali e più articolato nelle sue modalità di esecuzione.

D'altra parte, la prospettiva dell'integrazione sociale esige che, sotto il profilo contenutistico, la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà, cioè risultino contrassegnati da un'effettiva dannosità sociale. Ciò in quanto l'azione di risocializzazione richiede che il soggetto percepisca con chiarezza l'antisocialità del proprio comportamento, ovvero l'offesa significativa del bene giuridico tutelato dalla norma di riferimento. In questo contesto possono essere prese in considerazione, ai fini di un giudizio legislativo di disvalore sociale, solo quelle condotte dotate di particolare attitudine offensiva, ossia socialmente dannose, di talché le modalità di aggressione al bene tutelato forniscono un criterio basilare per apprestare un adeguato assetto di tutela[90].

Tali considerazioni non possono prescindere dal considerare il problema del necessario trattamento differenziato delle microviolazioni. Ed infatti il controllo della criminalità lieve comporta la necessità di interventi globali che trascendano le singole materie. In ogni caso la prospettiva dell'integrazione sociale incoraggia la scelta per un trattamento differenziato delle microviolazioni, le quali, anche se connesse a beni di rilevante entità, presentano uno scarso disvalore sociale, tale da far sì che per queste tipologie di reati siano predisposti diversi sistemi di punizione, che presentino una minore afflittività.

In proposito basta considerare che il potere punitivo statuale, se esercitato troppo frequentemente, finisce con l'indebolirsi; al contrario se alla pena viene lasciato il rigore di ultima *ratio*, si conferisce particolare credibilità all'intervento statuale, assicurando al contempo la difesa ed il rispetto della personalità individuale nei confronti di eccessivi interventi da parte del potere punitivo.

A queste considerazioni di carattere generalpreventivo se ne devono affiancare altre relative alla prevenzione speciale, per le quali l'approccio del singolo con la giustizia penale va ridotto all'essenziale, essendo scontati gli effetti desocializzanti connessi all'inflizione di una pena criminale. Probabilmente non è difficile tracciare un "programma" per il legislatore che voglia costruire un sistema di misure afflittive efficace e coerente con le finalità generalmente condivise, nell'attuale momento storico e in considerazione del livello di civiltà che ci appartiene, in ordine alla funzione della pena. Ciò che appare davvero difficile, alla luce delle esperienze che viviamo oggi nel nostro Paese, è di tradurre le prescrizioni normative in prassi virtuose e coerenti. Spesso, infatti, si ha l'impressione di provvedimenti che, seppure ispirati dalle migliori intenzioni, finiscono, per le difficoltà incontrate nella concreta attuazione, con il sortire effetti ben diversi da quelli originariamente immaginati.

PARTE PRIMA

PROFILI SOSTANZIALI

LA FUNZIONE DELLA PENA

1.1. *La pena: introduzione*

Il diritto penale può definirsi come il settore dell'ordinamento giuridico che disciplina i fatti illeciti dai quali risulta come conseguenza giuridica l'applicazione di una pena [1].

La pena concettualmente è una risposta a un fatto che è già accaduto ed è tradizionalmente considerata come sinonimo di *castigo*, in quanto indica il dolore o la sofferenza che deve essere inflitta a colui che ha violato un comando [2].

Occorre porre immediatamente l'accento sul carattere afflittivo della sanzione penale dal momento che la stessa va distinta dalle altre tipologie di sanzioni pubbliche [3].

Nel diritto civile, all'accertamento di atti o fatti illeciti consegue l'applicazione di rimedi che hanno la funzione di ripristinare lo *status quo ante*, rimuovendo dall'ordinamento l'antigiuridicità realizzata o ponendo a carico del responsabile la reintegrazione della sfera patrimoniale del danneggiato. In questo modo si impedisce anche il consolidarsi degli effetti vantaggiosi derivanti dalla condotta illecita.

In proposito occorre precisare che la distinzione tra la pena pecuniaria e la sanzione civile del risarcimento del danno in forma generica va vista in relazione all'effetto che il legislatore intende conseguire nell'uno e nell'altro caso. In particolare, mentre la pena pecuniaria ha quale obiettivo l'inflizione all'autore della sofferenza o del disagio conseguente all'esborso di danaro; il risarcimento del danno derivante da illecito, consiste nel pagamento di una somma di denaro che è funzionale alla reintegrazione, sia pure per equivalente, dell'assetto degli interessi patrimonialmente rilevanti pregiudicato dal verificarsi del fatto illecito, sia esso di tipo contrattuale che extracontrattuale. Sotto tale peculiare aspetto esiste ancora la tradizionale distinzione secondo la quale risarcimento del danno e pena pecuniaria costituiscono i prototipi di due distinte tipologie sanzionatorie. Si parla di sanzione *omogenea*, nel caso di risarcimento del danno, in quanto si incide, in senso riparatorio, sulla stessa specie di interessi che avrebbero dovuto essere salvaguardati attraverso il comportamento dovuto; nell'ipotesi della sanzione pecuniaria si parla, invece, di sanzione *eterogenea*[4], in quanto vengono sacrificati beni assolutamente privi di qualsiasi destinazione riparatoria nei confronti degli interessi pregiudicati in capo alla persona offesa[5].

Più complessa si presenta la distinzione rispetto alle *sanzioni amministrative*, categoria che, con l'entrata in vigore della Legge 24 novembre 1981, n. 689, ha ricevuto un'autonoma rilevanza, anche se sotto la specie dell'illecito penale depenalizzato[6].

La sanzione amministrativa è irrogata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo che è finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico protetto dalla norma violata. Relativamente alla loro applicazione, le sanzioni amministrative, diversamente da quelle penali, sono inflitte con un provvedimento amministrativo esecutivo e legittimo, sicché la tutela giurisdizionale del soggetto passivo è successiva all'irrogazione del provvedimento medesimo.

La qualificazione di una sanzione, come amministrativa o penale, assume quindi un particolare rilievo attesa la diversità del regime giuridico applicabile.

Nella prassi i maggiori problemi di inquadramento giuridico si sono posti in relazione alle **misure di sicurezza**, alle **sanzioni comminate per gli illeciti depenalizzati**, nonché di recente anche per **le sanzioni derivanti dagli illeciti amministrativi dipendenti dai reati commessi dalle persone giuridiche**, in relazione al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Le **misure di sicurezza**, coerentemente ad una logica del cosiddetto "*doppio binario*", che originariamente tendeva a sottrarre dalla sfera del diritto penale le misure finalizzate alla prevenzione speciale e calibrate sulla personalità del reo, nonché sulla sua pericolosità sociale, erano considerate delle "*misure amministrative*". Tuttavia, oggi, il riconoscimento della funzione di prevenzione speciale come sottostante alla pena criminale, ha condotto ad assimilare dette misure alle pene vere e proprie, facendone emergere anche la loro afflittività, derivante dalla loro idoneità ad incidere sulla libertà personale dei condannati [7].

Gli **illeciti depenalizzati** hanno, invece, una natura intermedia tra quella penale ed amministrativa. Gli stessi, infatti, pur essendo inflitti con un provvedimento amministrativo e per un fatto che non costituisce più reato,

non possono essere strettamente ricondotti alla categoria delle sanzioni amministrative, essendo privi di un interesse di settore affidato alla cura della pubblica amministrazione. Nonostante ciò questi ultimi hanno la funzione di deterrenza tipica delle pene criminali [8].

Infine le sanzioni contemplate dal D.Lgs. n. 231/2001 per la responsabilità delle persone giuridiche e degli enti anche privi di personalità giuridica, da una parte della dottrina, sono considerate sanzioni amministrative [9]. La rubrica del decreto legislativo si riferisce, infatti, ad una responsabilità amministrativa dell'ente. Il *nomen iuris* attribuito a dette sanzioni discende probabilmente dall'ostacolo che tradizionalmente si rinviene nell'art. 27 Cost. alla configurazione di una vera e propria responsabilità penale delle persone giuridiche [10]. In ogni caso non va sottaciuto che, in alcuni casi, tali sanzioni, presentano una spiccata afflittività, potendo giungere finanche alla comminatoria dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

Alcuni Autori hanno, quindi, ritenuto che tali sanzioni non possono avere natura amministrativa in quanto i comportamenti degli enti, seppure formalmente qualificati illeciti amministrativi, hanno un contenuto penale chiaro, sfociando in una sanzione punitiva con contenuto di evidente penalità, omologo a quello di una sanzione penale [11].

1.2. *La natura della sanzione penale*

La pena si differenzia dalle altre sanzioni in quanto è connotata da un carattere di maggiore afflittività. Infatti, quando è detentiva, per la sua esecuzione occorre che il soggetto venga privato della libertà personale disposta direttamente dall'autorità giudiziaria nell'ambito dell'amministrazione della giustizia penale [12].

L'inflizione di una sofferenza all'autore di un fatto illecito non indica in modo chiaro ed univoco quale sia l'obiettivo che il legislatore e l'ordinamento giuridico nel suo complesso intendono raggiungere. Sotto questo profilo la pena è oggetto di riflessione etico-giuridica nel tentativo di stabilirne con precisione gli ambiti funzionali e concettuali.

La pena è da sempre stata una necessità costante della vita sociale. Non va sottaciuto, tuttavia, che vi sono stati anche pensatori che ne hanno contestato il fondamento, ritenendola inutile e persino dannosa. Questi ultimi partendo da una concezione ottimistica della vita umana, hanno sostenuto che un'opera di prevenzione, esercitata accuratamente, può rendere inutile la repressione dei delitti [13].

Tali teorie sono destinate a naufragare in quanto il criterio giustificativo del precetto penale è dato proprio dal fatto che, nelle attuali condizioni sociali, lo Stato non può conseguire il fine superiore del mantenimento dell'ordine giuridico senza imporre limiti alla libertà individuale. Si tratta, quindi, di un "*criterio di necessità*", nel senso che lo Stato deve poter stabilire pene idonee e sufficienti tali da indurre i singoli all'osservanza del comando o del divieto. La pena è giustificata dalla necessità di determinare i soggetti all'obbedienza del precetto e di rassicurare la collettività circa l'attività dello Stato diretta al mantenimento ed alla reintegrazione dell'ordine giuridico generale, in altre parole la pena ha una funzione essenzialmente *pubblica*. Questo carattere le proviene non già dall'essere preveduta dalla legge, inflitta dal giudice, fissata nella sentenza o nel decreto di condanna ed eseguita da organi pubblici, bensì dal fatto che la potestà di esigere la pena spetta sempre e soltanto allo Stato, il quale è l'unico titolare della potestà di punire. La pena ha, quindi, il fine di orientare attraverso il

meccanismo psicologico della sua preventiva rappresentazione la condotta di uno o più soggetti.

Lo scopo della pena è preventivo e repressivo, sociale ed individuale insieme. Infatti, se la pena non esistesse gli uomini che presentano una maggiore propensione al delitto delinquerebbero maggiormente, mentre oggi si astengono, trattenuti per lo più, da un calcolo di convenienza. D'altra parte, se la pena comminata non venisse applicata a chi ha violato un precetto penale, i singoli non potrebbero avere fiducia nella tutela dello Stato e da ciò scaturirebbero ulteriori dannose conseguenze.

La pena deve quindi essere scelta dal legislatore. Infatti, nel livello di civiltà al quale siamo pervenuti, la scelta della pena è inevitabilmente affidata alla legge e l'irrogazione concreta viene devoluta all'attività del giudice. Anche questo è un punto di arrivo di un lento processo evolutivo. È stato osservato che uno Stato potrebbe fare a meno del legislatore e dell'amministratore, ma mai del giudice, senza compromettere la stessa giuridicità del proprio ordinamento. Di conseguenza la soluzione che va sotto la denominazione della **tripartizione dei poteri**, è il risultato di progressive conquiste del cittadino che vuole certezze non solo in ordine ai comportamenti ammessi e a quelli vietati, ma anche in ordine alle sanzioni collegate, alla violazione delle norme prescrittive. È perciò del tutto consequenziale che nei moderni ordinamenti la delimitazione dei "*delitti e delle pene*" spetti al legislatore, mentre l'irrogazione delle sanzioni sia compito del giudice e non di altri [14].

Il sistema delle pene nel nostro ordinamento non comprende solo quelle, immediatamente o eventualmente, privative della libertà personale. Esso oggi si offre come un sistema complesso nel quale coesiste un insieme di tipologie punitive assolutamente eterogenee tra loro e pertanto non riconducibili ad un modello sistemico.

La soluzione adottata dal legislatore del 1930, definita del **doppio binario**, ebbe ad accostare al regime delle *pene* quello delle *misure di sicurezza*. Le prime (ergastolo, reclusione e multa per i *delitti* e, arresto e ammenda, per le *contravvenzioni*) comminate perché giuste e riservate al reo ritenuto responsabile; mentre le seconde (di *natura personale*: la colonia agricola, la

casa di lavoro, l'ospedale psichiatrico giudiziario, il riformatorio giudiziario, la libertà vigilata, l'espulsione dello straniero dallo Stato; di *natura patrimoniale*: la cauzione di buona condotta e la confisca) sono inflitte al soggetto considerato pericoloso in quanto ritenute utili al perseguimento di una finalità specialpreventiva [15].

L'accostamento della misura di sicurezza alla pena, realizzato dal codice penale del 1930, è stato interpretato come compromesso culturale tra la scuola classica e la scuola positiva del diritto penale [16]. Da un lato, si è sostenuto, che il legislatore ha inteso continuare a punire chi, capace d'intendere e di volere, e quindi libero di scegliere, viola la legge penale commettendo un reato; dall'altro lato, ha recepito la necessità di valutare la personalità del delinquente e di applicare ai soggetti socialmente pericolosi una misura specificamente diretta a rimuovere le cause di tale patologia. Chiaramente la misura è sganciata dalla gravità del reato commesso e collegata alla permanenza della condizione soggettiva dell'asocialità [17].

Il legislatore del 1930 ha, inoltre, imposto al giudice l'obbligo di motivare i provvedimenti relativi alla commisurazione della pena, al fine di fare emergere e, conseguenzialmente, di potere controllare le ragioni che hanno portato alla individuazione della pena in quella determinata misura (art. 132 c.p.) [18]. La concessione al giudice di un esteso potere discrezionale ap-

pare evidente, soprattutto ove si consideri che il legislatore del 1930, nell'intento di valorizzare l'istanza generalpreventiva, ha optato per l'individuazione giudiziale della pena, cercando di improntare la risposta punitiva alle singole esigenze dell'autore del reato. Di conseguenza risultano eccezionali le ipotesi in cui la risposta sanzionatoria è prefissata inderogabilmente dal legislatore (c.d. *pene fisse*)[19], rappresentando, al contrario, la regola l'utilizzazione di comminatorie in cui si riconosce al giudice il potere di scegliere, entro la cornice edittale, l'entità della pena ritenuta più adeguata, o anche il tipo di pena se si tratta di comminatorie alternative. Secondo l'art. 133 c.p. la gravità del reato deve essere desunta da indici fattuali capaci di valutare il fatto sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo che soggettivo, ossia da un lato il giudice deve apprezzare il disvalore della condotta e dell'evento e dall'altro deve valutare la natura e la gravità della colpevolezza[20].

La discrezionalità non deve quindi essere esercitata in maniera arbitraria[21]. Da ciò la necessità di motivare le ragioni della commisurazione, obbligo che la Costituzione ha previsto in relazione a tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 Cost.) e che, evidentemente in questo settore assume un ruolo di particolare rilievo. È ovvio che non si tratta di un obbligo formale, ma di carattere sostanziale, in quanto l'autorità giudiziaria deve tenere presente quali criteri guida di esercizio della discrezionalità quelli previsti dall'art. 133 c.p.

In sostanza il compito del giudice si può così riassumere: egli accerta la responsabilità dell'imputato e decide se il fatto storicamente realizzato in-

tegra gli estremi di una determinata fattispecie criminosa astrattamente prevista, successivamente fissa la pena che in concreto ritiene adeguata [22].

Nella prima fase il giudice effettua una operazione in cui prevale l'aspetto intellettuale, che si sostanzia in una comparazione tra il fatto concreto e la fattispecie astratta prevista dal legislatore. Successivamente compie un'operazione che si connota in prevalenza in un'espressione di libertà ed autonomia di scelta.

1.3. *Le diverse teorie della pena*

La corretta comminatoria della pena dipende esclusivamente da un corretto esercizio del potere discrezionale da parte dell'organo giudicante. Tanto ciò è vero che taluno, parlando della morale della pena ha affermato: "*io auspico che in un futuro migliore il giudice abbia pena per la pena che infligge*" [23]. L'espressione non è di poco conto. Essa pone l'accento sul ruolo che riveste il giudice il quale, consapevole che il reo è egli stesso vittima, deve provare dolore per la pena che sta infliggendo. D'altra parte l'applicazione della pena non può mai essere considerata scevra dall'insieme di emozioni, istinti o pregiudizi che inevitabilmente l'accompagnano. Per questi motivi nessun processo di razionalizzazione servirà a farci comprendere appieno la natura della stessa. Cerchiamo allora di analizzare le finalità che la stessa persegue attraverso le teorie elaborate dalla dottrina, che sono comunemente suddivise in **assolute** e **relative** [24]. Le prime considerano la sanzione penale come espressione di una necessità intrinseca di giustizia, in termini di retribuzione del male commesso, e quindi in definitiva come fine a se stessa; le seconde ravvisano nella pena uno strumento per consegui-

re obiettivi di utilità sociale, consistenti nella prevenzione della commissione di (ulteriori) reati; le **teorie miste** coniugano invece l'esigenza di giustizia con quella di utilità sociale.

1.3.1. *Le teorie assolute della pena*

1.3.1.1. *La pena come retribuzione morale*. – Le uniche concezioni della pena legittimamente riconducibili alle teorie assolute, sono quelle **retributive**.

Le **teorie retributive** rapportano la pena al danno cagionato o alla colpevolezza dell'autore del reato. Si parte dall'assunto che il bene va ricompensato con il bene ed il male con il male; la pena è quindi considerata un valore positivo che trova in sé stessa la sua ragione giustificativa. La pena rappresenta quindi il corrispettivo del male commesso e, dovendo essere applicata in relazione al reato commesso, deve necessariamente essere caratterizzata dal criterio di proporzionalità, in quanto è necessario che la risposta sanzionatoria dello Stato sia sempre proporzionata alla gravità del fatto commesso[25].

Si possono così distinguere vari indirizzi dottrinali che hanno valorizzato i diversi aspetti della teoria della retribuzione.

Secondo la teoria della **retribuzione divina** chi commette un reato infrange una legge morale superiore, per cui chi offende Dio incorre nel castigo divino, in quanto Dio ha delegato all'uomo una parte della sua giustizia. La giustizia umana attua quindi quella divina. La pena ha una funzione di purificazione dello spirito ed opera come antidoto contro l'immoralità, stante la forza purificatrice del dolore[26].

Secondo la teoria della **retribuzione morale** il bene va ricompensato con il bene ed il male con il male. La pena è una esigenza etica profonda ed insopprimibile della coscienza umana[27].

Tale teoria in età moderna ha trovato la sua formulazione più decisa nel

pensiero penalistico di estrazione kantiana. Secondo Kant "*la legge penale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio*" [28], laddove il diritto penale è "*il diritto che ha il sovrano verso chi gli è soggetto, d'infliggergli una pena quando si sia reso colpevole di un delitto*" [29]. Il principio per determinare specie e grado di pena è per Kant la "*Vergeltung*" ossia un sistema che mira a punire chiunque possieda una "*malignità interna*" [30]; la stessa pena di morte era ritenuta doverosa per gli assassini ed i suoi complici, nonché per l'autore "*di un altro pubblico delitto che la morte solo può espiare*" [31].

Nel pensiero kantiano emerge quindi incontestabilmente l'idea retributiva della pena, ossia per Kant l'unica pena possibile è quella che viene inflitta inflessibilmente in una prospettiva di retribuzione morale. L'esempio kantiano è particolarmente istruttivo in quanto scolpisce in modo nitido l'assenza di ogni profilo di utilità pubblica nell'applicazione della pena. La pena viene posta in essere per il soddisfacimento di esigenze astratte di una giustizia intesa in senso puramente vendicativo che trascende completamente da quelle che possono essere le prospettive di vita del reo. La pena finisce con l'avere un fondamento etico assoluto, in quanto attraverso la stessa si realizza l'idea di giustizia, attuabile attraverso la retribuzione.

È utile riportare testualmente il brano con cui il filosofo del criticismo riassume i tratti della sua teoria: "*se anche il consorzio civile si sciogliesse con il consenso di tutti i suoi membri (se ad esempio gli abitanti di un'isola decidessero di separarsi e di disperdersi per il mondo), dovrebbe prima essere giustiziato l'ultimo assassino che si trovi in prigione, affinché a ciascuno tocchi ciò che i suoi atti incutono e la colpa del crimine non resti impressa sul popolo che, non avendo reclamato la punizione, potrebbe essere considerato responsabile di questa pubblica lesione della giustizia*" [32].

Nella concezione kantiana della pena la persona umana è, tuttavia, da un lato, lontana dal poter essere strumentalizzata per il perseguimento di fini di utilità sociale e, dall'altro, resta asservita alla superiorità della giustizia assoluta.

Tale concezione si pone in antitesi con le teorie illuministiche secondo cui la pena deve perseguire finalità che abbiano come fine ultimo il rispetto dell'umanità presente nel delinquente, tale da assicurare e garantire i diritti fondamentali della persona umana.

Secondo la teoria dell'**emenda e/o dell'espiazione** la pena è la *medicina dell'anima*, in quanto attraverso la sofferenza che gli viene inflitta, il reo acquista una sorta di consapevolezza del male che ha provocato con il crimine perpetrato e realizza in questo modo la sua purificazione morale. Tale teoria esprime profili di assolutezza giacché la prospettiva di rigenerazione morale del reo è sempre contenuta in un ambito etico-individuale, come se lo scopo perseguito dallo Stato possa essere quello di promuovere il benessere morale dei singoli cittadini, indipendentemente dalle conseguenze dei loro comportamenti[33].

1.3.1.2. *La pena come retribuzione giuridica*. – Secondo la teoria della **retribuzione giuridica** la pena costituisce la riaffermazione del diritto dello Stato, in quanto attraverso la stessa lo Stato riafferma il proprio ordinamento[34]. I caratteri essenziali di tale teoria sono: la **personalità della pena**, in quanto il corrispettivo del male inflitto non può che essere applicato all'autore del male; la **proporzionalità della pena** in quanto il male subito costituisce il corrispettivo di quello inflitto; la **determinatezza** della pena, in quanto dovendo essere proporzionata ad un determinato male non può

non essere essa stessa determinata; l'**inderogabilità** della pena nel senso che la stessa deve essere sempre scontata dal reo.

Il prototipo delle concezioni giuridico-retributive della pena viene tradizionalmente individuato, nel pensiero di Hegel, secondo cui la pena in quanto negazione del diritto, si pone come sintesi restauratrice dell'ordine giuridico violato[35]. La pena mantiene dunque il carattere dell'indefettibilità all'interno dell'ineluttabile processo di avanzamento dialettico dello spirito oggettivo, attraverso i livelli successivi del diritto, della morale e dell'etica. In questo modo viene individuato il complesso passaggio dal diritto alla morale, ossia dal primo grado di sviluppo dello spirito oggettivo che, solo al terzo livello, quello dell'etica, si incarna prima nella famiglia, poi nella società civile ed infine nello Stato, cui spetta il compito di punire[36].

Le successive elaborazioni della scuola *classica* del diritto penale, sviluppatasi in Germania ed in Italia negli ultimi decenni del XIX secolo, evidenziarono la natura relativa del filone di idee riconducibile alla retribuzione giuridica.

In Germania questo tipo di posizione in ordine allo scopo della pena è osservabile soprattutto nell'opera di K. Binding. L'Autore sostiene che "*lo scopo della pena non può essere quello di trasformare chi si ribella all'ordinamento giuridico in un buon cittadino*" e che "*la pena non è guarigione, ma ... conservazione della potenza dell'ordinamento come sottomissione coattiva del colpevole sotto il forte braccio del diritto*"[37]. L'inflizione del male non è fine a se stessa ma consiste nel ristabilire l'autorità statuale compromessa dall'intervenuta violazione. Lo Stato può quindi rinunciare all'applicazione della pena solo quando la ritiene superflua.

Nel pensiero del K. Binding lo scopo della pena convive ancora con una concezione dello Stato, di chiara matrice hegeliana.

Soltanto con la scuola classica italiana del diritto penale la finalità di mantenimento della pace sociale, come fondamento della retribuzione, assume connotati più concreti. Nell'impostazione del F. Carrara è sottolinea-

to che “*il fine primario della pena è il ristabilimento dell’ordine esterno nella società*”, l’applicazione di tale sanzione è volta a rimuovere le conseguenze dannose del reato che trascendono l’offesa del diritto particolare del soggetto passivo del reato e si riverberano sull’intero contesto sociale di riferimento[38]. In particolare, le conseguenze della condotta criminosa si ripercuotono sui buoni, in quanto suscitano motivo d’allarme, in considerazione della probabile ripetizione del fatto e per converso, anche sui malvagi, determinando una pericolosa suggestione emulativa. La pena, così intesa, serve a ripristinare un clima di tranquillità tra i consociati, sottraendoli dall’alternativa di “*o darsi alle violente reazioni private … o abbandonare una società incapace di proteggerli*”[39].

L’essenza retributiva della pena viene così puntualizzata in una dimensione giuridica quale contributo che la stessa arreca alla stabilizzazione della pace sociale compromessa dal crimine. La pena realizzerebbe, quindi, la tutela dei diritti soggettivi, che costituiscono l’oggetto mediato d’incidenza lesiva dei delitti, attraverso la coazione psicologica esercitata con la minaccia e l’irrogazione.

Tali posizioni dottrinarie oggi si possono ritenere superate anche grazie ad un approccio costituzionalistico che si è andato progressivamente affermando in materia. È infatti evidente che se è assolutamente indispensabile che il colpevole non resti impunito, occorre anche che lo Stato attraverso l’irrogazione della sanzione realizzi, anche sul piano dell’utilità sociale, altri scopi che prescindono dalla semplice punizione del colpevole[40].

Un ritorno all’idea della retribuzione si registra soltanto in alcune recenti posizioni dottrinarie, cosiddette *neoretribuzionistiche*, secondo cui l’idea retributiva trova la sua base empirica nei bisogni emotivi di punizione che esistono nella società ed in ciascun individuo di fronte alla perpetrazione dei reati[41].

La più recente concezione satisfattorio-stabilizzatrice della pena, trova il suo fondamento nel sofisticato apparato concettuale apprestato dalla moderna psicologia del profondo e dalla psicanalisi. Questo orientamento si sforza di precisare la natura dei "*bisogni di punizione*" che sono delineati nel pensiero collettivo dall'esperienza dei crimini perpetrati che la pena deve soddisfare. Il bisogno di punizione nasce nei consociati da un disagio psichico nel quale si vengono a trovare a causa del delitto che rappresenta una negazione sia esterna che interna alla norma violata.

Sotto il primo aspetto, il crimine perpetrato mette in crisi la "*sicurezza delle aspettative*" in relazione al generale rispetto delle regole essenziali di condotta che sono poste a base della convivenza civile e determina l'insorgere del timore di future aggressioni. Sotto il secondo aspetto, l'esperienza del crimine realizzato sconvolge l'equilibrio psichico raggiunto da ciascuno attraverso la subordinazione dell'attività della coscienza, delle pulsioni antisociali che si agitano nell'inconscio.

La reazione punitiva dell'ordinamento si rende necessaria per sedare emozioni negative suscitate nella generalità dei consociati [42].

Si afferma infatti che l'esempio di chi delinque è potenzialmente contagioso, essendo presente nell'inconscio di ciascuno di noi il desiderio di trasgredire. Di conseguenza la reazione dello Stato nei confronti del reo ha una duplice finalità, che si sostanzia, da un lato, nel bisogno di canalizzare l'aggressività suscitata nei cittadini dalla commissione dell'atto criminale e, dall'altro lato, nel volere confermare e rafforzare la fedeltà degli stessi ai valori tutelati dall'ordinamento.

Tale teoria ha subito diverse critiche. Si è sostenuto, infatti, che i bisogni emotivi di punizione, essendo irrazionali e contingenti, lasciano il trattamento punitivo in balia delle spinte più incontrollate, finendo così con il favorire punizioni esemplari che, in quanto tali, non appaiono proporzionate alla gravità del reato commesso. In questo modo, ossia privilegiando la funzione positiva che la pena assolve per la società, ci si disinteressa del

destino del singolo delinquente e non si persegue la finalità di rieducazione dello stesso che, come si vedrà, è costituzionalmente garantita [43].

1.3.1.3. *I limiti della teoria retributiva*. – In conclusione la teoria retributiva è stata fortemente criticata [44]. In primo luogo si è posto in evidenza il contrasto strutturale con i principi fondamentali dello stato sociale di diritto in quanto la stessa pecca d'irrazionalismo sul piano ontologico e di sterilità da un punto di vista politico-criminale. Si è infatti obiettato che la pretesa di annullare il male attraverso l'inflizione di una sanzione penale appare difficilmente realizzabile, dal momento che le grandezze da comparare sono assolutamente eterogenee. Secondo tale impostazione occorre, infatti, comparare la colpevolezza del soggetto che ha delinquito con la predisposizione di una misura di carattere eteronomo, orientata al soddisfacimento di esigenze di difesa sociale. Tale forma di espiazione è sicuramente il risultato finale di un complesso processo interiore del reo alla cui maturazione si giunge in maniera del tutto indipendente dall'esecuzione di una pena statuale. D'altra parte, la giustizia statuale può soltanto tendere ad assicurare la legalità del comportamento del singolo ma non può sicuramente garantirne la sua moralità che, tra l'altro è, per definizione, incoercibile. In altri termini la sentenza del giudice penale non può avere alcun carattere o contenuto che possa trascendere le esigenze di chi ha effettivamente conferito al giudice il potere di amministrare la giustizia, e ciò nel pieno rispetto dell'art. 101 Cost.

Altro argomento contrario all'ammissibilità nel nostro ordinamento di una concezione retributiva è di tipo *ontologico*. Ed infatti volere retribuire il male della condotta colpevole con il male della pena presuppone l'accoglimento di una concezione di tipo fideistico sulla natura dell'uomo, nel senso che con l'espiazione della pena la persona automaticamente viene reinserita nella società. Ma ciò non può essere accettato perché, anche dopo l'espiazione della pena, alla persona resta la possibilità di scegliere tra il bene ed il male secondo il suo libero arbitrio e la sua libera autodeterminazione.

Una significativa funzione garantistica di limite all'intervento punitivo

statuale è riconosciuta alla concezione retributiva della pena nel suo collegamento con la colpevolezza dell'autore di un fatto di reato. In realtà, la retribuzione non consente che si possa infliggere una pena in assenza della colpevolezza, né in misura superiore all'entità della colpevolezza.

Queste considerazioni hanno indotto un critico della concezione retributiva della pena, Claus Roxin, a tentare un'operazione di recupero del principio di colpevolezza, sciogliendolo dai suoi legami originari con la retribuzione, per utilizzarlo nella sua funzione di limite al potere punitivo statuale [45].

L'Autore individua nel principio di colpevolezza non solo un valore di ordine garantistico, ma anche di ordine preventivo di tipo speciale e generale. Infatti, il legame tra la pena e la responsabilità per il fatto, elimina il rischio degli effetti desocializzanti di una pena eccessiva che viene sentita dal reo come un'ingiustizia e si rivela di ostacolo per una sua azione di recupero. All'applicazione del principio di colpevolezza è collegato un effetto di prevenzione generale derivante dall'inflizione di sanzioni che la comunità dei consociati ritiene giuste, in quanto delimitate dalla colpevolezza per il fatto.

Anche tale impostazione non è stata immune da critiche, in quanto si è sostenuto che la colpevolezza per avere la capacità di limitare la misura della pena deve integrarne una condizione necessaria e quindi esserne il fondamento.

1.3.2. *Le teorie relative della pena*

1.3.2.1. *La pena come prevenzione generale.* – Le menzionate critiche dottrinarie in ordine alla concezione retributiva della pena ne hanno comportato il suo definitivo superamento e la creazione di un'opzione di prevenzione che può essere generale o speciale. Non è un caso che lo sviluppo di distinte teorie della prevenzione generale e speciale fu avviato, per impulso di studiosi tedeschi postilluministi, solamente dopo che l'intimidazione nei confronti dei consociati venne ricondotta alla fase della minaccia, allorquando si ritenne che unica destinataria dell'efficacia preventiva della sanzione non può essere per definizione che la generalità dei cittadini: e ciò avvenne contemporaneamente alla nascita del principio di legalità [46].

Il problema del fondamento generalpreventivo della pena fu infatti avvertito dagli allievi di Kant, i quali cercarono di elaborare delle teorie della pena che prescindessero dalla mera inflizione di un castigo e che fossero dirette al perseguimento di uno scopo preciso.

Il pensiero di A. Feuerbach è fondato su di una concezione generalpreventiva della pena, cui è stata affidata la funzione di trattenere, prima attraverso la minaccia e, successivamente, attraverso l'inflizione, la generalità dei consociati dal commettere un reato [47].

Feuerbach ha collegato in maniera chiara la tutela della libertà e dignità dell'individuo con la realizzazione della funzione della pena. Occorre che il cittadino sia difeso dal potere statuale, con la conseguente definizione di precisi limiti alla potestà pubblica e con la sottoposizione del sovrano ai vincoli della legge. Il cittadino potrà essere sottoposto esclusivamente alla pena che la legge stessa ha minacciato. In altre parole, la minaccia penale ha un effetto di intimidazione ma tale effetto si realizza solo se è stato effettivamente commesso dalla legge un fatto costituente reato. La pena può operare come controspinta se sia determinata e prevista in rapporto a fatti tassativamente descritti in una norma di legge.

Secondo l'Autore lo scopo dello Stato e lo scopo della pena convergono in un unico obiettivo, quello della difesa della libertà individuale; il suo pensiero può essere sintetizzato nella seguente frase: "*lo scopo dello Stato è la scambievole libertà di tutti i cittadini o, in altri termini, è di assicurare quella condizione nella quale ognuno può esercitare i suoi diritti completamente al sicuro dalle offese. Ogni offesa contraddice la natura e lo scopo del consorzio civile e, per l'attuazione di questo scopo, è necessario che nello Stato non si verifichi alcuna offesa*" [48]. Il problema è quello di impedire il verificarsi delle offese e l'Autore rinviene il mezzo di prevenzione delle offese nella predisposizione di ostacoli di carattere psicologico, ossia nella minaccia di un castigo per ogni offesa. L'azione delittuosa è determinata da motivi che costituiscono gli scopi della volontà e sono tesi a soddisfare peculiari interessi del soggetto agente; il delitto, costituisce dunque un mezzo per procurare un piacere a chi lo commette. Di conseguenza, per evitare che vengano commessi fatti criminosi occorre che alla rappresentazione del piacere connesso alla condotta criminosa, venga contrapposta la rappresentazione di un dolore, delineato dalla legge come conseguenza della condotta medesima e d'intensità superiore al piacere derivante dalla com-

missione del reato. In quest'ottica i consociati, ovvero i possibili delinquenti, dovrebbero avere un tale timore da essere inibiti dal perseguimento di possibili propositi criminosi.

Nel sistema delineato da A. Feuerbach la teoria della pena, intesa in senso di prevenzione generale, ed il principio di legalità appaiono uniti da un legame inscindibile. È proprio il principio di legalità che rileva in termini di realizzazione della funzione della pena, esprimendo non solo esigenze di carattere garantistico-formale, ma anche di tipo teleologico-funzionale. Infatti, una volta riconosciuta alla pena una funzione di orientamento, da un punto di vista generale ed individuale, allora l'illecito, nelle sue componenti di disvalore di evento e di disvalore di condotta, dovrà risultare agevolmente riconoscibile in quanto tale. L'accurata tipizzazione si conferma quindi strettamente connessa, oltre che con la finalità generale di difesa della libertà, con quella della realizzazione della finalità politico-criminale relativa alla funzione della pena, intesa in senso di integrazione sociale.

Viene quindi definitivamente abbandonato il concetto di pena intesa come semplice inflizione di un male e si è andato sviluppando un concetto di pena intesa nel senso generalpreventivo, ossia in rapporto alla funzionalità del meccanismo della coazione psicologica. È evidente che in questo modo si finiva con il privilegiare la strada di un accentuato legalismo, laddove la minaccia della pena doveva essere portata unicamente attraverso la legge in forma determinata, sia relativamente al fatto da punire che alla pena da infliggere.

1.3.2.2. *La pena come prevenzione speciale*. – Si deve a Karl Grolman la elaborazione della teoria specialpreventiva della pena. L'Autore parte dal presupposto dell'esistenza di un naturale diritto di difesa che spetta ad ogni essere umano contro gli attentati alla libertà che derivano dalle attività criminose.

Il diritto di difesa si articola nel diritto di legittima difesa, nel diritto al risarcimento del danno ed infine "*nel diritto di impedire l'offesa minacciata. Diritto di sicurezza o di prevenzione*" [49]. L'uomo ha quindi un diritto di coercizione volto al mantenimento della sua situazione giuridicamente apprezzata e, pertanto, ha anche un "*diritto ai mezzi necessari allo scopo*" [50]. La prevenzione è strettamente collegata alla minaccia di un'offesa ingiusta. Il pensiero dell'Autore si può rinvenire nel seguente passo: "*Se, dunque, il de-*

litto o il suo tentativo, contiene una concreta minaccia di future violazioni, è lecito influire sul delinquente in maniera da indurlo a non portare a compimento la sua minaccia"[51]. L'esercizio del diritto spetta allo Stato che dovrà esercitarlo rispettando una serie di criteri.

L'inflizione di una pena dovrà aversi solo nei casi di assoluta impossibilità di emettere un altro provvedimento che incida con minor vigore sulla libertà individuale ed esclusivamente in relazione a fatti di reato commessi colpevolmente. Inoltre la pena deve essere conforme al suo scopo preventivo; il che significa evitare inutili forme di crudeltà. Infine, deve essere osservata la regola della proporzione ragionevole tra l'intensità della minaccia e la misura della pena. Nella valutazione della minaccia K. Grolman dava rilievo alla personalità del soggetto, ossia bisognava indagare la legalità della condotta del singolo, facendo sempre riferimento alle disposizioni di legge, intesa come criterio "*d'imputazione a colpevolezza*" di un fatto reato. Tale impostazione escludeva completamente qualsiasi valutazione di carattere etico da parte degli organi della giustizia statuale.

In ogni caso la teoria elaborata dal K. Grolman non racchiude ancora contenuti di risocializzazione del reo.

La concezione che prevede anche una risocializzazione del reo fu elaborata da Karl Christian Friedrich Krause. L'Autore paragona il delinquente a "*un minore, un incapace*"[52], ossia ad una persona che non è in grado di esprimere correttamente la propria personalità e per la quale è concepibile esclusivamente un'opera di emenda volta ad annullare il male e a renderlo insensibile ad eventuali influenze o stimoli esterni. L'opera che occorre svolgere è quella di sollecitare la volontà indirizzandola verso una determinazione che sia conforme alle esigenze etico-giuridiche. Il male non va quindi represso, bensì annullato; occorre sollecitare la naturale buona volontà dell'essere umano, attraverso gli strumenti dell'educazione e della cultura formativa. Bisogna, inoltre, eliminare le condizioni esterne che portano al "male", attraverso la segregazione e l'isolamento dagli altri condannati. Occorre mirare al recupero morale del reo, anche attraverso la pretesa del rispetto della legalità. In altri termini, bisogna convogliare le energie fisiche del delinquente indirizzandole alla pratica del bene e ciò può avvenire attraverso l'avviamento al lavoro che, tenendo conto delle singole attitudini del reo, può consentire un proficuo reinserimento del soggetto nel tessuto sociale. Chiaramente la realizzazione di tale programma comportava da un lato, la massima umanizzazione del trattamento che era destinato alla risocia-

lizzazione del reo e, dall'altro lato, la privazione a tempo indeterminato della libertà fino al completo raggiungimento dell'emenda del condannato con un conseguente ampliamento del potere discrezionale del giudice.

Secondo tale concezione la pena è intesa come un procedimento buono da attuarsi con l'intenzione di fare del bene alla società e a coloro che ne fanno parte. La dottrina tedesca ha quindi avvertito l'esigenza di elaborare un concetto pena, intesa nel senso di prevenzione generale e speciale, che fosse intimamente connesso al principio di legalità e di certezza del diritto penale.

1.3.2.3. *Le teorie e i limiti della prevenzione del pensiero penalistico italiano*. – La differenziazione delle teorie della prevenzione nel senso appena chiarito costituisce, in Italia, un'acquisizione storica relativamente recente, collocabile verso la fine del diciottesimo secolo.

Ed infatti, prima di tale periodo, gli accenni alla funzione preventiva della pena riguardano, sia l'influenza esercitata in concreto sulla singola persona che ha delinquito e che subisce la punizione, sia gli effetti che si ripercuotono sulla generalità dei consociati.

La stessa ambivalenza dell'efficacia preventiva della pena, in relazione al reo ed alla generalità dei consociati, è ravvisabile nel pensiero di Cesare Beccaria. Nella lezione di Beccaria sull'efficacia criminogena della previsione di pene particolarmente severe si legge quanto segue: "*È evidente che il fine delle pene non è di tormentare e affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso ... A misura che i supplizi diventano sempre più crudeli gli animi umani, che come fluidi si mettono sempre a livello degli oggetti che li circondano, si incalliscono … L'atrocità stessa della pena fa sì che si ardisca tanto più per schivarla, quanto è più grande il male a cui si va incontro; fa sì che si commettano più delitti per fuggire la pena di uno solo*", di conseguenza "*quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione col sentimento della propria debolezza; … Più utile, perché quanto minore è la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee: delitto e pena, talché insensibilmente si considerano uno come cagione, e l'altra come effetto necessario. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani*"[53].

Questa concezione sostanzialmente unitaria della funzione di prevenzione della pena, ravvisabile nel pensiero dell'Autore, comporta, da un lato, che il contenuto della funzione preventiva della pena è concepito come unico ed indifferenziato, nel senso della semplice intimidazione tanto rispetto al reo, quanto nei riguardi dei consociati; dall'altro lato che il momento di riferimento di tale effetto è limitato alla fase dell'inflizione ed esecuzione della pena, nel senso di considerare in primo piano la figura del reo ed in posizione di spettatori l'insieme dei consociati.

A ciò si aggiunga che, secondo Cesare Beccaria, la comminazione di pene eccessivamente elevate disorienta i destinatari delle norme, rendendo poco credibile l'intero sistema. Inoltre, il *surplus* di sanzione verrebbe avvertito dal condannato come un sopruso, con il risultato di rendere incomprensibile il messaggio normativo, acuendo la carica di ribellione nei confronti dell'ordinamento. Un effetto di orientamento della legge penale è, per converso, ispirato a norme che devono essere redatte secondo i criteri di determinatezza e, che devono essere ispirate a parametri di assoluta ragionevolezza, in rapporto sia ai beni che tutelano che alle sanzioni che prevedono.

A ben vedere, in Italia, lo sviluppo di distinte teorie della prevenzione generale e speciale si è realizzato soltanto attraverso l'opera dei pensatori tedeschi di cui già si è trattato. Entrambe le opzioni preventive possono esprimere due distinti aspetti della prevenzione: quello **negativo** e quello **positivo**. L'aspetto negativo della prevenzione generale consiste nell'adozione di strumenti volti al raggiungimento di risultati di tipo intimidativo-deterrente; mentre l'aspetto positivo è legato all'aspetto criminalpedagogico della fattispecie, ossia si tende al mantenimento o al rafforzamento della fiducia dei consociati nei confronti dell'ordinamento giuridico[54].

Si distingue, quindi, tra giustificazione della pena "*in astratto*" ed "*in concreto*". Secondo tale concezione attribuire alla pena in astratto un fine di utilità sociale significa che lo Stato è legittimato a garantire l'ordine sociale anche attraverso la minaccia di un male, ciò in quanto la pena in astratto ha quale scopo quello di dissuadere i potenziali contravventori della legge; il suo fine è di **prevenzione generale**. Il potere di punire trova le sue radici nel rapporto contrattuale esistente tra principe e società civile, l'ori-

gine pattizia di tale rapporto determina il contenuto degli interessi generali da proteggere e la loro gerarchia e nello stesso tempo indica anche i beni sacrificabili per l'interesse generale. È evidente che in tale prospettiva si rinuncia a qualsiasi idea di giustizia assoluta, di proporzione o di gradualità della sanzione, in quanto la teoria della retribuzione nella sua più ampia portata implica la necessità della pena più grave, indipendentemente dal tipo di reato commesso[55].

Diverso discorso deve essere svolto per la "*pena in concreto*". Ed infatti se la prevenzione giustifica il diritto di punire, tale funzione non può essere esercitata per i limiti insiti nella pena da applicare al caso concreto; questa deve essere considerata equivalente al reato commesso. Si parla di principio della retribuzione legale nella commisurazione della pena.

Secondo i sostenitori di tale concezione lo scopo di conseguire un'utilità si può rinvenire solo facendo riferimento alla legge penale "*in astratto*", mentre nella sua concreta applicazione, la pena deve essere giusta e non deve finalisticamente giustificarsi.

Secondo questo modello psicologico, l'uomo è considerato un essere razionale che, prima di agire, compie una scelta consapevole valutando i lati positivi e negativi della stessa. Il problema della scelta criminale dovrebbe essere risolto tutte le volte in cui la prospettiva della sofferenza che il soggetto si raffigura supera l'attrattiva di possibili guadagni collegati all'atto criminoso. Di conseguenza collegando la pena ad un fatto dannoso o pericoloso per la società, ci si dovrà aspettare che la commissione di quel fatto diminuisca in proporzione all'aumento di severità della sanzione penale. In altre parole la funzione della pena è quella di incutere timore al fine di distogliere i consociati dall'assecondare i propri impulsi criminosi e dissuaderli definitivamente dal commettere l'illecito. La pena deve quindi essere severa, ossia ben vengano le minacce spietate e terroristiche, in quanto solo in questo modo il potere deterrente diviene più forte dello stesso impulso criminogeno e sarà tale da determinare una diminuzione dei reati. È evidente che tale teoria postula necessariamente l'applicazione di pene rigorose in quanto si confida esclusivamente nella sua capacità deterrente e nella sua potenza intimidatrice.

In estrema sintesi si parla di **prevenzione generale negativa**, allorquando si confida nelle capacità dissuasive dei castighi legali. Alla base della fiducia nelle capacità dissuasive della pena vi è una lettura delle capacità

dell'agire umano, laddove si fa riferimento ad un modello di uomo attento e conscio dei vantaggi e degli svantaggi del proprio agire. L'esito obbligatorio di una tale semplificazione della psiche umana è quello di imporre un vero e proprio terrorismo sanzionatorio, allorquando si fa riferimento a pene più severe per elevare i costi delle scelte criminali [56]. Secondo i sostenitori di tale impostazione si può sconfiggere la recidiva soltanto impedendo materialmente la commissione di nuovi reati da parte del condannato. In altri termini, invece di tendere alla reintegrazione sociale del soggetto, si deve propendere per la sua definitiva esclusione dalla società (attraverso la sua eliminazione fisica, oppure attraverso la segregazione a vita in un carcere di massima sorveglianza).

L'esigenza sottostante alla teoria della prevenzione generale negativa si ritrova, oggi, nelle discussioni presenti in paesi nei quali è ancora in vigore la pena di morte, come ad esempio gli Stati Uniti d'America. Qui uno degli elementi di valutazione diventa addirittura quello del costo per la collettività della detenzione a vita. D'altra parte questo aspetto che alla nostra coscienza appare addirittura paradossale non va sottovalutato dal momento che il problema dei costi dell'amministrazione penitenziaria in società nelle quali i fenomeni di delinquenza di massa sono purtroppo in via di espansione, è un problema generalmente avvertito e che spinge gli attuali ordinamenti, soprattutto dei paesi europei, a ricercare soluzioni diversificate anche per fare fronte alla mancanza di luoghi e di strutture carcerarie sufficienti in relazione ai bisogni.

A ciò si aggiunga che questa configurazione della prevenzione generale negativa si è presentata in due distinte varianti: quella della **prevenzione generale mediante esempio** e quella della **prevenzione generale mediante minaccia legale** [57]. Nella prima versione l'effetto d'intimidazione viene immediatamente riportato alla fase dell'inflizione e/o esecuzione della pena; nella seconda, invece, l'effetto d'intimidazione è riferito alla fase della previsione ad opera della norma incriminatrice.

La teoria classica della prevenzione generale è stata fortemente criticata. Si è detto che punire l'autore di un illecito non tenendo in considerazione i limiti della sua colpa, ossia della consapevolezza del disvalore dell'illecito che ha compiuto, ma semplicemente perché la punizione serva a dissuadere altri soggetti dalla commissione di reati, determina un'indebita ed immorale strumentalizzazione della persona umana per fini che ad essa sono

estranei. Il Carrara, nel criticare la teoria della prevenzione generale negativa, giunse a sostenere che la società in questo modo "*si serve del corpo di un cittadino per intimidire gli altri cittadini martirizzandolo onde persuadere quelli a non offendere le leggi sociali*" [58].

È evidente che tale obiezione, presupponendo un fatto illecito già commesso, riguarda essenzialmente l'intimidazione nella fase dell'applicazione della pena, ossia del ricorso alla prevenzione generale "*mediante esempio*". A tale teoria si è inoltre contestato che lo scopo di intimidire la generalità dei consociati, assunto quale unico fondamento della pena, rischia di prescindere dall'esigenza di un rigoroso accertamento in sede processuale della responsabilità dell'imputato, potendo portare all'estrema conseguenza, di consentire anche la punizione di un innocente [59]. Si è, infatti, detto che se la mancata punizione per difetto di prove di un grave delitto può incoraggiare all'emulazione altri possibili delinquenti, mettendo così in grave pericolo la generalità dei consociati, sarebbe assolutamente plausibile e legittimo che, per salvare costoro, venisse sacrificata una sola persona con una condanna ingiusta.

La critica alla prevenzione generale mediante minaccia legale parte, invece, dal presupposto che la valorizzazione del principio di legalità non può servire ad escludere che, proprio in sede di determinazione legale ed allo scopo di attuare il massimo di potenzialità preventiva, vengano previste pene e modalità di esecuzione manifestamente eccessive rispetto alla gravità dei crimini commessi ed in ogni caso contrarie al senso di umanità. Si è affermato che lo spazio di discrezionalità riconosciuto al giudice nella commisurazione della pena favorisce la possibilità che, in questa sede, esigenze di prevenzione generale prendano il sopravvento su quelle volte a rapportare la sanzione da infliggere al reo alla gravità in concreto del fatto commesso dallo stesso soggetto. In questo modo si darebbe al giudice la possibilità di strumentalizzare la persona condannata per il perseguimento di fini di utilità sociale, che risultano totalmente estranei alla condotta del reo [60].

Infine, si è sostenuto che tale teoria non prende in considerazione il diverso aspetto, cosiddetto di "*pressione motivazionale*", secondo cui il comportamento del criminale può essere influenzato da fattori emotivi ed irrazionali, in quanto spesso l'uomo che delinque è soggetto a stimoli inconsci

ed irrazionali che appaiono difficilmente controllabili. Ebbene, in tali casi, quanto maggiore è l'influsso di tali fattori, tanto più difficile diventa cercare di modificare il comportamento del criminale facendo riferimento alle leggi dell'utilità [61].

A ciò si aggiunga che la versione classica della teoria della prevenzione generale è stata ulteriormente corretta sul presupposto che per ottenere il maggior effetto preventivo, non occorre realizzare in assoluto il maggiore livello di severità della sanzione penale, bensì bisogna considerare quello che la collettività, in un determinato momento storico, ritiene essere il più giusto, compatibilmente con le esigenze economiche del paese e di garanzia del cittadino.

A questo proposito si è obiettato che l'esperienza stessa della ininterrotta continuità dei fenomeni criminali fa sì che esistano tipologie di reati e di delinquenti che, per loro natura, sono incompatibili con il prospettato quadro di *costi-benefici*, prevedibili in un determinato momento storico. A tale critica si è però replicato che la teoria della prevenzione generale negativa non ha inteso sradicare interamente i fenomeni criminali, ritenendo sufficiente, per la sua credibilità, che la minaccia della pena serva a distogliere dal commettere i reati anche una limitata porzione della generalità di consociati [62].

In altri termini, bisogna riconoscere che non può ipotizzarsi il medesimo grado di permeabilità della coazione psicologica in relazione a qualsivoglia tipologia di illecito sanzionato con pena. Non si deve escludere infatti che spesso proprio gli illeciti più gravi, essendo espressione di un distacco dell'autore dalle regole della convivenza civile, possano risentire di meno di quella controspinta psicologica che la prospettiva di incorrere in una pena è in grado di suscitare.

In definitiva, la teoria della prevenzione generale negativa, per essere accettata, deve coniugarsi con un'insopprimibile istanza di proporzione che non può che essere desunta dalle teorie retributive.

1.3.2.4. *I pregi della prevenzione generale*. – Attualmente si parla di funzione generalpreventiva della pena anche in una diversa accezione, ossia come "**prevenzione generale positiva**" o come "**prevenzione integrazione**" [63].

I sostenitori della concezione della **prevenzione generale positiva in senso stretto** ritengono che il diritto debba essere visto come strumento per la stabilizzazione del sistema sociale e che la minaccia della pena debba assolvere ad una funzione di orientamento culturale dei consociati [64]. In altre parole, secondo tale impostazione, la forte disapprovazione sociale, della quale sia la minaccia che l'inflizione della pena sono il simbolo, serve a favorire l'identificazione della maggioranza dei cittadini con i valori tutelati dall'ordinamento facendo appello al senso di responsabilità dei consociati. L'importanza di alcuni beni tutelati dall'ordinamento fa sì che, al fine di ottenere un'ordinata convivenza civile, i cittadini debbano assumere l'impegno di assicurare la tutela di siffatti beni attraverso l'astensione personale dal tenere comportamenti che siano lesivi degli stessi. Il singolo cittadino diventa, quindi, il garante di un'ordinata convivenza civile che lo Stato, da solo, riconosce di non potere assicurare.

In questo modo si conferisce un ruolo determinante alla produzione del consenso sociale, mentre si accantonano le valutazioni dei singoli individui. Di conseguenza, la violazione della norma crea una serie di disfunzioni al sistema, non perché si ledono determinati interessi che la norma protegge (secondo il *principio di materialità ed offensività*), bensì perché viene posta in discussione la stessa norma e di conseguenza viene minata la fiducia dei consociati nella stabilità del sistema punitivo. In conclusione, secondo tale teoria, attraverso l'applicazione della pena si esercita la funzione primaria che si sostanzia nel produrre il riconoscimento delle norme e la fedeltà dei consociati nell'osservanza delle stesse. Si parte infatti dal presupposto che chi delinque appartiene ad una minoranza di soggetti che presentano connotati di negatività sociale. Si ritiene, quindi, che la pena serva a colmare i *deficit* di alcuni soggetti al fine di restituire alla società un soggetto diverso e determinato alla legalità.

Chiaramente l'effetto di ammonimento e di moralizzazione prodotto dalla minaccia della pena viene meno se alla minaccia della stessa non segue la sua effettiva applicazione, allorquando venga violato il precetto penale.

Tale teoria presta il fianco ad un duplice ordine di critiche. Da un lato, si è sostenuto che in questo modo si rievoca la stessa concezione retributiva della pena e, dall'altro lato, si è detto che tale teoria finisce con il privilegiare la soddisfazione dei bisogni di stabilità e certezza dell'ordinamento a scapito della funzione di rieducazione che la pena dovrebbe assolvere[65].

Un diverso discorso deve essere svolto in relazione alla teoria della **prevenzione generale integratrice**[66]. Secondo tale impostazione si deve fare riferimento al momento applicativo della pena senza considerare il condizionamento posto dagli effetti preventivi dell'agire del singolo. In questo modo il sistema penale diventa un'istanza di controllo che serve unicamente a mantenere la coesione sociale: non si parla più di risposta del singolo al messaggio educativo che gli viene trasmesso dalla norma penale.

La critica a tale concezione è stata quella che la pena così intesa non è più uno strumento di prevenzione generale dei reati, bensì diviene una tecnica di controllo e di governo della società, attraverso l'elaborazione di una serie di meccanismi di psicologia collettiva che hanno quale fine quello di ottenere il conformismo delle condotte[67].

In ogni caso e, a prescindere dalle diverse configurazioni della concezione generalpreventiva della pena, occorre considerare come tale teoria opera nei tre diversi momenti: della **minaccia**, dell'**inflizione** e dell'**esecuzione** della pena.

Nella fase della minaccia si esplica proprio la funzione di deterrenza tipica di tale concezione, dal momento che per impedire la commissione di fatti socialmente lesivi, occorre che il sistema penale si adoperi prima della loro commissione.

Nella fase dell'inflizione giudiziale della pena ad un singolo autore di reato la funzione di prevenzione generale occupa uno spazio più limitato. Ed infatti, se in questo momento si desse rilievo preponderante alla preoccupazione di distogliere i cittadini dal commettere atti criminosi, si tenderebbe inevitabilmente ad infliggere condanne esemplari, ossia talmente pesanti da suscitare nei potenziali rei il terrore di incorrere in sanzioni rigorose. In questo modo il rischio sarebbe quello di strumentalizzare il singolo delinquente il quale, per consentire il perseguimento dei fini di politica criminale, verrebbe punito non in misura proporzionale al reato commesso, ma nella misura ritenuta necessaria a intimorire coloro che non hanno ancora commesso reati.

La funzione di prevenzione generale svolge, poi, un ruolo decisamente marginale durante la fase di esecuzione della pena, laddove domina esclusivamente la preoccupazione per il trattamento rieducativo del reo.

1.3.2.5. *I pregi della prevenzione speciale*. – Si è già detto che, alla fine del XVIII secolo, Karl Grolman elaborò una teoria specialpreventiva della pena[68]. L'Autore partiva dal presupposto che la ragione giustificativa della pena per un delitto commesso non può che consistere nella necessità di rimuovere la minaccia di futuri delitti da parte dello stesso soggetto. A tale scopo è rivolta l'applicazione della pena che serve a distogliere il reo dalla sua propensione a commettere altri delitti rendendo così impossibile la sua ricaduta nel crimine. Il momento della previsione legale della pena, invece, serve non solo a fare conoscere in anticipo la sanzione prevista dal legislatore per quel tipo di reato, ma assolve anche una funzione di coazione psicologica nei confronti della generalità dei soggetti.

L'idea che la prevenzione dei reati possa realizzarsi non tanto attraverso l'influenza esercitata sulla generalità dei consociati dalla minaccia e dall'inflizione della pena, quanto piuttosto attraverso la sua applicazione alla singola persona che ha commesso un determinato fatto illecito, in modo che quest'ultima si astenga dal commettere ulteriori iniziative criminose, si profila quasi un secolo dopo gli esordi del pensiero di Karl Grolman, mediante l'elaborazione della **teoria dello scopo** della pena da parte di Franz von Liszt[69].

Secondo l'Autore la pena, essendo un "*mezzo per conseguire uno scopo*", ha tre obiettivi differenti ed alternativi che sono indirizzati a diverse tipologie di delinquenti. Si parla di *risocializzazione*, facendo riferimento a quei soggetti bisognosi di essere reintegrati in quanto presentano un quadro di comportamenti rispettoso delle regole della civile convivenza e che quindi possono essere proiettati verso trattamenti rieducativi; di *intimidazione*, facendo riferimento a quegli autori di reato che non presentano alcun aspetto di desocializzazione e si presentano inoltre come delinquenti occasionali; di *neutralizzazione,* facendo riferimento a quei delinquenti che sono bisognosi di risocializzazione, ma che purtroppo sono irrecuperabili.

La teoria del von Liszt pone come obiettivo ulteriore rispetto a quella

elaborata dal Grolman, la risocializzazione del soggetto. Questa finalità deve essere eseguita con altri mezzi che non siano la pena. La risocializzazione suggerisce quindi il ricorso a strumenti diversi dalla pena che servano a migliorare le condizioni di vita personali e sociali del reo. In proposito è significativo che lo strumento essenziale proposto dal von Liszt per punire i delinquenti irrecuperabili sia considerato l'isolamento a tempo indeterminato. Tale strumento di punizione deve essere disposto dal giudice in relazione alla terza condanna per uno dei delitti contro la proprietà ed il buon costume; deve essere eseguito entro stabilimenti particolari, quali le case di custodia o di lavoro; deve essere sottoposto a verifica quinquennale in relazione ad un'eventuale liberazione del detenuto sia pure con la previsione di una successiva consegna dello stesso ad altri istituti correzionali.

Una sanzione di tal genere, nell'attuale ordinamento, non è altro che una misura di sicurezza, che percorre un distinto binario rispetto a quello della pena in senso proprio. In conclusione, il Listz utilizza un concetto di pena ampio ed indifferenziato, comprensivo di qualsiasi strumento sanzionatorio; si parla infatti della *coercizione psicologica*, ossia dei motivi psicologici dell'agire umano, e di *coercizione meccanica*, ossia della vera e propria violenza.

In Italia, il pensiero del positivismo giuridico del XIX secolo sostiene la ragione **specialpreventiva** della pena. I sostenitori di tale teoria ritengono che la pena abbia la funzione di eliminare il pericolo che il soggetto a cui viene applicata possa ricadere nel reato.

La tecnica più antica si sostanzia nella neutralizzazione del soggetto pericoloso ottenuta attraverso l'impiego della coercizione fisica o di forme di interdizione giuridica oppure attraverso l'emenda morale del reo.

Il massimo rappresentante del positivismo criminologico è stato Enrico Ferri, il quale sottopone a critica la funzione preventiva esercitata dalla pena mediante intimidazione[70]. L'Autore sottolinea l'importanza dei fattori naturali e sociali nella genesi della criminalità, rispetto ai quali la minaccia e l'applicazione della pena può svolgere un ruolo dissuasivo molto limitato. Viene quindi elaborata la teoria dei *mezzi eliminativi* e dei *sostitutivi penali.* Si tratta di provvedimenti distinti dalla pena, tutti volti a realizzare un'autentica prevenzione dei reati fondata sull'osservazione e sullo studio dei fenomeni criminali nella loro dimensione individuale e sociale; sono quasi tutti provvedimenti *ante delictum,* che vanno situati sia sul piano della prevenzione da parte degli organi di polizia che su quello più ampio della prevenzione sociale.

Il Ferri riserva in ogni caso un ruolo alla pena-castigo che, pur non es-

sendo un rimedio efficace al delitto, ha un'efficacia preventiva negativa, nel senso che la sua mancata adozione funziona come fattore criminogeno.

1.3.2.6. *La prevenzione speciale come risocializzazione*. – Nell'epoca moderna la prevenzione speciale ha come criterio guida la risocializzazione del reo. Si parte dal presupposto che l'uomo deve (è destinato a) vivere nella società e che, perciò, si deve prevedere il suo ritorno nella comunità dalla quale il soggetto è stato estraniato. Si deve fare percorrere al reo un processo di riadattamento alla vita sociale attraverso l'eliminazione di tutti i fattori che hanno determinato o favorito il delitto. La pena deve, essere adeguata ai bisogni di risocializzazione del singolo e deve essere protratta fino a quando non si ritenga raggiunta la sua risocializzazione[71].

La prospettiva della risocializzazione presiede alla fase esecutiva della pena; è, infatti, durante l'esecuzione della pena che si procede al trattamento individualizzato del colpevole, al fine di favorirne il più possibile il riadattamento.

Tuttavia, l'idea rieducativa svolge un ruolo importante anche nella fase antecedente dell'inflizione o commisurazione giudiziale della pena, dal momento che, sia nella scelta del tipo che dell'entità della sanzione, il giudice deve farsi guidare dalla preoccupazione di incidere sulla personalità del soggetto.

Sono questi i motivi per i quali lo scopo specialpreventivo ha favorito la nascita di nuove modalità punitive, in tutto o in parte alternative alla pena privativa della libertà personale, si parla di misure alternative e di pene sostitutive. La pena scontata all'interno del carcere perde progressivamente la propria centralità per trasformarsi in un segmento delle nuove politiche del controllo sociale di tipo penale. Ne consegue inevitabilmente che il momento correzionale da "*intra murario*" si riversa fuori dalle mura del carcere.

Le pene sostitutive, introdotte dalla Legge 24 novembre 1981, n. 689 e successive modifiche e le misure alternative alla pena privativa della libertà personale, stabilite dalla Legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario segnano, infine, la definitiva crisi del modello carcerario. Secondo tale sistema il giudice della cognizione, operando una valutazione discrezionale, deciderà se applicare al reo le pene sostitutive mentre, nella

fase esecutiva, il Tribunale di Sorveglianza avrà il potere di applicare le misure alternative.

Questo dibattito, tuttavia non può essere avulso dal contesto nel quale viviamo. Il suo presupposto sta nella possibilità che la pena sia irrogata e debba essere scontata in epoca non molto lontana dalla commissione del delitto e che vi sia un'organizzazione penitenziaria in grado di fare fronte al trattamento individualizzato nei confronti del condannato. È evidente che se tali condizioni mancano, tutto il dibattito finisce con l'essere di tipo astratto.

1.4.1. *L'evoluzione costituzionale della teoria della pena*

I principi cui il nostro legislatore ha ritenuto doversi ispirare in ordine alle finalità che deve conseguire la pena sono espressi nell'art. 27 della Carta costituzionale [72].

Inoltre, l'art. 25 Cost. e l'art. 1 c.p., stabiliscono per le pene il principio già affermato per il reato. Più precisamente, non si può essere puniti per un fatto che non sia stato previsto dalla legge come reato, né si può essere sottoposti a pene diverse da quelle previamente stabilite dalla legge medesima. In altri e più chiari termini si viola il principio di legalità tutte le volte in cui si assumono, nell'ambito di una determinata previsione normativa, fatti concreti che non possono esservi ricompresi, oppure quando si applicano sanzioni che non sono legislativamente previste [73].

A ciò si aggiunga che l'interazione dei principi della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) e della legalità (art. 25, comma II, Cost.), significativamente integrati dal disposto di cui agli articoli 2, 3 e 73 della Costituzione, hanno fornito, come si vedrà nel successivo capitolo, alla Corte Costituzionale, la chiave di lettura per risolvere il problema della legittimità costituzionale della assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, prevista dall'art. 5 c.p.

Esaminiamo il disposto dell'art. 27 della Costituzione, dove al III com-

ma, dispone che: "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*" [74].

La prima parte di questa complessa formulazione sembra volere ribadire che, dal momento che la pena consiste nell'inflizione all'autore dell'illecito di una sofferenza, quest'ultima, da un lato, non si può concretizzare in comportamenti che siano volti a mortificare o annullare la dignità dell'essere umano e, dall'altro lato, non deve offendere il corrispondente livello di sensibilità dei consociati, i quali sono fiduciosi in una sua corretta applicazione. Le pene, quindi, non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. In altre parole, seppure formulata in modo negativo, la disposizione prevede che le pene non possono essere strutturate, in via di fatto, in modo da ledere gravemente il rispetto della personalità del condannato.

Il citato articolo prosegue, poi, con una enunciazione positiva nella quale si dispone che le pene "*devono tendere alla rieducazione del condannato*".

Ad una prima lettura sembrerebbe che il costituente abbia voluto perseguire la strada della prevenzione speciale; in particolare, nelle sue due componenti positive. Il termine *condannato*, adoperato dal legislatore nella formulazione del III comma dell'art. 27 Cost, pone in primo piano la persona che ha delinquito, non anche la generalità dei consociati. Non solo, ma la nozione stessa di *rieducazione*, appare connotata da elementi di carattere positivo e la si può rapportare alla nozione di emenda morale e di risocializzazione del soggetto, cui fa riferimento per l'appunto la teoria della prevenzione speciale.

Così non è. In primo luogo, il termine rieducazione non ha quale corrispondente l'emenda morale del reo o la sua risocializzazione. In proposito giova ricordare quanto si è già detto in altra parte, laddove si è avuto modo di precisare che tali finalità, pur essendo accomunate dall'intento di evitare al reo ricadute nel delitto, differiscono profondamente, in quanto, mentre l'emenda è volta a promuovere una rigenerazione interiore della persona, la risocializzazione serve ad adeguare il comportamento di chi ha delinquito alle esigenze ed alle aspettative di una pacifica convivenza sociale. Di conseguenza, mentre l'emenda è legata alla natura afflittiva della pena e denuncia, quindi, una scarsa compatibilità con il complessivo quadro costituzionale di uno Stato liberaldemocratico, la risocializzazione, pur perse-

guendo una finalità specialpreventiva rispettosa degli ambiti interiori della personalità individuale, esprime una valenza che va oltre la pena, nella sua specifica portata affettiva.

In realtà, nel formulare l'art. 27 della Costituzione, il costituente si è limitato ad affermare che le pene devono avere quale obiettivo quello della rieducazione del reo. Il costituente, in tal modo, non impone modelli obbligatori di sanzioni afflittive e lascia al legislatore ordinario la libertà di modulare, nel rispetto di tale limite, le singole misure. Pone, invece, limiti esterni, nel senso che i modelli concreti, di cui si dà per scontata l'afflittività, non devono essere contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione, così riservando un controllo alla Corte Costituzionale per il caso in cui la scelta del legislatore ordinario si concreti in misure contrastanti con l'esigenza di umanità e impeditive del recupero del condannato. È ovvia conseguenza che politica criminale e prassi giudiziaria devono assecondare tale disegno.

Sicuramente il legislatore nell'utilizzare espressamente il termine *deve*, vuole segnare la strada che la politica criminale, la legislazione ordinaria e la prassi penitenziaria devono percorrere, ossia le stesse sono obbligate a configurare una disciplina della pena (che non consiste nella, ma è) orientata alla rieducazione del condannato.

Il corollario di tali enunciazioni si rinviene, poi, nell'art. 27, comma IV della Costituzione, secondo cui: "*non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*".

La pena di morte è sicuramente una pena contraria al senso di umanità per le seguenti ragioni: il bene della vita è assolutamente indisponibile, la sanzione penale non deve considerarsi una vendetta ed infine, la sofferenza psicologica del condannato, il quale viene privato dell'esperienza esistenziale della propria vita, è intollerabile. Ma prima ancora la pena di morte si pone in totale contrasto con la finalità rieducativa e di recupero della pena[75].

Infatti il legislatore, nella formulazione di tale norma, ha ben presente che il rispetto dell'uomo che delinque è una premessa fondamentale affinché (non solo lo si rieduchi, ma) se ne tenti il recupero sociale. Il concetto di rieducazione implica, quindi, necessariamente il rifiuto del tradizionale

significato di emenda morale, a favore di una prospettiva di recupero sociale del condannato. Attraverso la sanzione penale, si deve offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel senso del rispetto di quella altrui; si deve quindi tendere a favorire un'effettiva integrazione del soggetto nel tessuto sociale di riferimento tramite la realizzazione di programmi di reinserimento volti alla realizzazione di forme efficaci di sostegno socio-culturale, le quali si possono realizzare anche attraverso le misure alternative alla detenzione. Chiaramente il singolo trattamento di recupero richiede la volontaria ed attiva adesione del soggetto per un reale e concreto sviluppo della sua personalità. Nell'ipotesi di rifiuto del reo, un diritto penale che si faccia portavoce dei principi costituzionali, non può reagire riproponendo risposte sanzionatorie rigoristiche di tipo repressivo-affittivo, ma solo cercando di realizzare quelle condizioni di non ulteriore desocializzazione, che sono normalmente collegate all'esecuzione della pena all'interno del carcere. In questi casi, non essendo possibile il raggiungimento di finalità di risocializzazione saranno legittime le esigenze di tipo generalpreventivo.

Considerazioni analoghe devono essere svolte anche per un altro gruppo di casi: ci si riferisce a coloro i quali, pur essendo autori di reati, non necessitano di alcuna risocializzazione, in quanto sono soggetti perfettamente integrati nel contesto sociale. In tali ultime ipotesi, il principio della risocializzazione mantiene tutta la sua validità attraverso il suo reciproco della "*non desocializzazione*", in quanto l'esecuzione della pena in ogni caso può essere strutturata in modo gratificante e produttivo, evitando così le conseguenze della desocializzazione del condannato.

Il nostro ordinamento consente dunque che in rapporto alla funzione della pena possano essere raggiunti gli scopi positivi della prevenzione che, sul piano generale, sono costituiti dal rafforzamento della coscienza sociale intorno ai principi o valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico: e sul piano individuale, dal recupero sociale per il condannato che sia interessato e, comunque, dalla sua non desocializzazione.

1.4.2. *Il concetto costituzionale di rieducazione*

L'equivocità della norma costituzionale ha favorito il proliferare di plurime e contraddittorie interpretazioni, relative allo scopo della pena, da parte non solo della dottrina penalistica ma anche della giurisprudenza.

Secondo un'interpretazione eclettica gli scopi della pena sono plurimi, in quanto può essere finalizzata sia a scopi di prevenzione generale che speciale. La pena, in questo modo, diviene un'entità complessa nella quale

sono presenti intenti diversi che di volta in volta prevalgono gli uni sugli altri[76].

La necessità di creare soluzioni che riescano a contemperare i diversi intenti perseguiti dalla pena hanno indotto alcuni teorici del diritto ad elaborare interessanti teorie che prevedono un raccordo tra i diversi scopi perseguiti dalla sanzione penale. Interessante appare al riguardo la teoria elaborata nella metà degli anni '60 da Claus Roxin. Secondo tale teoria, per ciascuna fase della sanzione, ossia per la minaccia, irrogazione ed esecuzione, esistono finalità politico-criminali dominanti e finalità recessive. In particolare, si sostiene che nella fase della minaccia la pena assolve necessariamente ad una funzione di prevenzione generale, mentre in quella commisurativa è guidata dal principio della prevenzione speciale, con il limite invalicabile della pena proporzionata alla colpevolezza del reo. Infine, la fase esecutiva dovrebbe perseguire sempre, quando è possibile la risocializzazione del condannato[77].

Tale modello che, probabilmente contiene un'elaborazione raffinata della teoria della commisurazione della pena, non ha ricevuto, nel nostro ordinamento grandi consensi. La Corte Costituzionale non ha mai mostrato grande interesse verso questa elaborazione dottrinaria essendosi per lungo tempo trincerata dietro una concezione polifunzionale della pena.

In particolare, la Corte Costituzionale, aderendo ad un'impostazione di una pena polifunzionale, è giunta a ritenere che la stessa sia sempre costituzionalmente legittima, qualunque sia la finalità cui è diretta. La posizione della Consulta nei confronti dello scopo perseguito dalla pena, in questo periodo, è sicuramente agnostica. Si ritiene infatti che alla finalità rieducativa della pena non possa essere assicurata alcuna priorità, dovendosi sempre operare un contemperamento tra questa e gli altri elementi che caratterizzano la sanzione penale.

In proposito giova ricordare le sentenze n. 12/1966 e n. 264/1974[78], con

le quali la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie e di quella dell'ergastolo rispetto alla loro finalità rieducativa.

In entrambe le pronunce la Corte, pur riconoscendo sia nelle pene pecuniarie che in quella perpetua, la totale assenza dello scopo special preventivo, giunge a sostenere che "*in considerazione delle altre funzioni della pena, che al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine pubblico contro la delinquenza e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale*" (sent. n. 12/1966), tali istituti devono considerarsi costituzionalmente legittimi.

Nella motivazione della sentenza n. 264/1974 si fa riferimento in modo ancora più esplicito alla teoria polifunzionale della pena, laddove si ritiene che "*la funzione (e fine) della pena non è certo il solo ravvedimento del delinquente, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle teorie positiviste, secondo cui esisterebbero soggetti sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano non meno dell'emenda, alle radici della pena*".

Gli orientamenti giurisprudenziali richiamati hanno quale radice comune un concetto di pena intesa in senso polifunzionale di tipo additivo, secondo cui gli scopi della stessa hanno tutti pari rango e sono quindi equivalenti.

Soltanto a partire dalla metà degli anni settanta la Corte Costituzionale si orientò verso una diversa interpretazione della finalità della pena, ossia quella di tipo "*associativo dialettico*". In applicazione di tale principio ai tre distinti momenti in cui si sviluppa il fenomeno penale, ossia quello **edittale**, **commisurativo** ed **esecutivo**, si attribuisce una distinta finalità. In particolare il fine utilitaristico della risocializzazione accompagnerebbe la sola fase dell'esecuzione della pena, ossia quando al condannato si applica il trattamento penitenziario, laddove la fase edittale sarebbe dominata esclusivamente da scopi specialpreventivi.

Tuttavia, ancora in questi anni, assistiamo al dibattito sulla questione di una pena intesa in senso polifunzionale. Tale disputa la si rinviene anche negli incontri tenutisi in ordine alla questione penitenziaria, poi sfociati nella riforma carceraria disciplinata dalla Legge n. 354/1975. L'ordinamento penitenziario diverrà quindi il terreno privilegiato ove saranno presentate questioni di costituzionalità, prevalentemente per quanto attiene il carattere rieducativo della pena.

In proposito, singolare appare una pronuncia della Corte Costituzionale (n. 204/1974), nella quale la Consulta nel censurare la competenza del Ministro di Grazia e Giustizia a concedere il beneficio della liberazione condizionale, si esprime in favore della sua giurisdizionalizzazione[79]. L'intervento abrogativo della Corte costrinse il legislatore (con la Legge 15 febbraio 1975, n. 6) a trasferire la competenza sulla concessione di siffatto beneficio alla Corte d'Appello, così finendo con il fargli perdere la natura di beneficio discrezionale per farlo divenire un vero e proprio diritto.

Nella motivazione della citata pronuncia si afferma che la liberazione condizionale ha un peso decisivo sino al punto di atteggiarsi ad un aspetto particolare del trattamento penale. Di conseguenza, proprio in virtù del disposto costituzionale sulla pena, sorge il diritto del condannato a che il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se la qualità della pena espiata abbia o meno assolto positivamente il suo fine rieducativo. Per la prima volta si parla di **vero e proprio diritto alla rieducazione** a tal punto importante da fare sì che il beneficio della liberazione condizionale non possa essere più applicato facoltativamente ma divenga, per l'organo competente, un obbligo.

La Corte parla infatti di "*obbligo assoluto per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi e le forme atte a garantirle*", al quale fa riscontro "*il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla normativa di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente il suo fine rieducativo*"[80].

I sostenitori della pena intesa nel senso di rieducazione hanno ritenuto che in questo modo la Corte Costituzionale ha inferto un primo colpo al principio dell'intangibilità del giudicato penale, riconoscendo che la pena irrogata dal giudice debba essere disattesa in ragione dei progressi compiuti dal condannato.

Il processo evolutivo che si determinò con la legge di riforma peniten-

ziaria del 1975, incontrerà la sua fase più compiuta nella riforma carceraria del 1986 (Legge n. 663/1986 c.d. "Legge Gozzini") che prevede la massima flessibilità della pena nella fase esecutiva. La pena può essere diversa, sia nella durata che nella modalità di inflizione, da quella giudizialmente determinata dal giudice della cognizione. In questo modo si è operato un mutamento nei confronti di una tradizione ancorata al principio dell'intangibilità del giudicato, secondo una logica che prevede la meritevolezza del castigo nella commisurazione della pena. Questo mutamento ha favorito un processo di progressiva autonomia della fase esecutivo-penitenziaria e si è finito con l'attribuire progressivamente a organi della giurisdizione, quali il Tribunale ed il Giudice di Sorveglianza, la facoltà di modificare la quantità e qualità della pena irrogata.

1.5.1. *La personalizzazione della sanzione penale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*

L'art. 27 Cost. è rilevante non solo perché stabilisce i limiti della responsabilità penale, ma, come si è visto, anche per definire i confini della sanzione. Al riguardo, la Consulta, in alcune remote sentenze, aveva operato una lettura del primo comma dell'art. 27 Cost., in chiave di mero divieto di responsabilità per fatto altrui, dichiarando espressamente la legittimità costituzionale della responsabilità oggettiva. Al riguardo giova ricordare la sentenza n. 107/1957 ove si afferma "*L'art. 27 della Costituzione contiene ... un tassativo divieto della responsabilità per fatto altrui, senza alcun riferimento al divieto della cosiddetta responsabilità oggettiva … Il limpido significato della norma stessa è confermato … dai lavori preparatori, nei quali espressamente ed univocamente fu manifestato, come unico scopo della disposizione, quello di vietare tutte le forme di repressione che avevano avuto recenti esempi di triste esperienza, relativi a responsabilità estesa a persone o a gruppi di persone estranee al reato e diverse dal colpevole, ma che costituivano soltanto rappresaglia e vendetta contro gruppi familiari o etnici ai quali l'imputato apparteneva. La solenne riaffermazione della limitazione della responsabilità penale alle sole conseguenze del fatto proprio, assumeva perciò il significato della riaffermazione di un alto principio di civiltà giuridica. Così inteso, il contenuto della prima parte dell'art. 27, già citato, richiede come requisito della responsabilità penale personale quel rapporto di causalità materiale tra azione ed evento che è enunciato nell'art. 40 c.p. e che è sufficiente a stabilire tra il soggetto ed il fatto preveduto come reato, quel carattere di suità in cui consiste il requisito della personalità della responsabilità penale*" [81].

D'altra parte non erano estranee all'esperienza del Costituente dell'epoca ipotesi di responsabilità per fatto altrui; basta ricordare le pene collettive o le decimazioni avvenute durante l'ultimo conflitto, o le disposizioni in tema di confisca dei beni, che colpivano anche la famiglia del reo, pronunce emanate tra il 1944 ed il 1946.

Tutto sommato, già allora, si trattava di forme anacronistiche di responsabilità. In particolare, si poteva ipotizzare una rilevanza del principio costituzionale in rapporto a forme di responsabilità di posizione, quale era ad esempio la responsabilità del direttore o del redattore responsabile di stampa periodica per i reati commessi da altri a mezzo stampa, secondo l'originaria formulazione dell'art. 57, n. 1 c.p., per il solo fatto della loro qualifica.

È appena il caso di rilevare che la Consulta, chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale della richiamata disposizione, con la sentenza n. 3/1956 dichiarò la questione infondata, rinvenendo tra l'omissione della vigilanza e l'evento prodotto dall'altrui condotta, "*un nesso di causalità materiale, al quale si accompagna un certo nesso psichico sufficiente a conferire alla responsabilità il connotato della personalità*" [82].

In altre sentenze, poi, la Consulta, chiamata a decidere su singole ipotesi di imputazione di responsabilità su base meramente oggettiva, nel ribadire che la responsabilità oggettiva è qualcosa di diverso dalla responsabilità per fatto altrui, ha segnalato la necessità della presenza di un rapporto di "*causalità psichica*", da aggiungere a quello della causalità materiale, che individuava nel requisito non scritto della prevedibilità. Quest'ultima integrava, a giudizio della Consulta, quel nesso psichico che, collegando il fatto al soggetto, soddisfaceva le esigenze di personalità della responsabilità.

1.5.2. *Gli effetti della giurisprudenza costituzionale*

La vera svolta del sistema si è avuta con la sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988 [83]. Nella storica sentenza la Consulta è partita dalla ricostruzione della *ratio* relativa alla norma di cui all'art. 27 Cost., che detta la regola della personalità della responsabilità penale, giungendo a riconoscere il fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, facendo leva sul collegamento che intercorre tra il I ed il III comma dell'art. 27 Cost. In altri termini la Consulta equipara la responsabilità personale a quella colpevole, ponendo l'accento sulla funzione specialpreventiva della pena.

La Corte Costituzionale ha inteso tale regola di civiltà non solo come

divieto di responsabilità per fatto altrui, ma le ha conferito un ambito concettuale più ampio, collegandola alla concezione dell'illecito penale come illecito personale, caratterizzato dalla presenza del coefficiente soggettivo "*in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica*". In altri termini, il principio accolto dalla Consulta può essere meglio definito come principio della responsabilità **per fatto proprio colpevole**. Esso si contrassegna, da un lato, per la presenza di un nesso psicologico tra la condotta e l'evento, e dall'altro lato, per la valorizzazione della effettiva relazione tra il soggetto e la legge penale. Tutto ciò esige la necessità della corretta conoscenza del precetto da parte del soggetto agente, da ciò l'illegittimità della presunzione assoluta di conoscenza della legge penale.

In questo modo la Corte Costituzionale, nel valorizzare il requisito della possibilità di conoscenza dell'illiceità, ha inteso dare piena realizzazione al principio di colpevolezza, secondo i dettami della concezione normativa[84]. Secondo tale concezione l'organo giudicante, dopo avere effettuato un preventivo accertamento dell'imputabilità del soggetto, deve compiere un giudizio di rimproverabilità in concreto nel quale, si deve valutare l'effettiva esigibilità del rispetto della norma violata in base ad una molteplicità di fattori, onde irrogare una sanzione che sia in grado di fare comprendere al reo il disvalore del fatto commesso.

In quest'ottica, se l'ignoranza della norma da parte del soggetto agente risulta evitabile, non assume rilevanza il mancato instaurarsi della relazione tra soggetto e norma penale, in quanto tale comportamento esprime la riprovevole indifferenza del soggetto nei confronti dell'ordinamento, il suo fatto resta quindi colpevole. Chiaramente la corretta esplicazione della finalità rieducativa postula la possibilità di riconoscere come illecito il fatto da parte dell'agente.

Pertanto, secondo la Consulta, l'impossibilità di conoscenza della norma, la sua carente riconoscibilità, pongono il soggetto nella scusabile condizione di non potere individuare come contraria alla legge la propria condotta.

La Corte Costituzionale considera la riconoscibilità l'elemento di raccordo tra il principio di legalità ed il principio di colpevolezza. Quest'ultimo infatti è "*indispensabile … per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili*".

In armonia con il postulato normativo della colpevolezza, la Consulta non richiede la conoscenza della norma penale, ma solo la possibilità di conoscerla e ad essa attribuisce "*un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti*".

La Consulta amplia, quindi, il principio di colpevolezza non perché ritenga necessaria la presenza del dolo o della colpa ai fini dell'attribuzione della responsabilità, ma perché, con la parziale scusabilità dell'*error juris,* la Corte Costituzionale introduce il requisito della coscienza dell'illiceità ai fini della responsabilità penale.

In altri termini, perché un soggetto possa essere considerato responsabile penalmente occorre che un fatto gli sia imputato sia dal punto di vista della causazione materiale, imputazione oggettiva, sia dal punto di vista dell'attribuibilità psicologica, imputazione soggettiva.

Sul punto va riportato il passo più significativo della pronuncia laddove si statuisce che: "*... comunque si intenda la funzione rieducativa.. essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la 'rieducazione' di chi non essendo almeno in colpa non ha certo bisogno di essere rieducato*". Nella motivazione della citata sentenza n. 364/1988 si legge ancora "*l'art. 27 Cost. non può essere adeguatamente compreso ove lo si legga in maniera per così dire spezzettata, senza collegamenti interni. I commi primo e terzo vanno letti in stretto collegamento; essi, infatti, pur enunciando distinti principi, costituiscono un'unitaria presa di posizione in relazione ai requisiti subiettivi minimi che il reato deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati particolarmente nel terzo comma. Delle due l'una: o il primo è in palese contraddizione con il terzo comma della Costituzione, oppure è, appunto quest'ultimo comma che svela, ove ve ne fosse bisogno, l'esatto significato e la precisa portata che il principio della responsabilità personale assume nella Costituzione*".

La Consulta, in tale pronuncia ha, per la prima volta, operato un esplicito collegamento tra colpevolezza e funzione preventiva delle sanzioni penali che, da un lato appaiono collegate alla finalità preventiva della pena e, dall'altro, alla "*funzione di orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi penali*". Tale sostanziale identificazione del principio di colpevolezza con il precetto di cui al I comma dell'art. 27 Cost., si rinviene chiaramente, anche, nella parte della pronuncia laddove si afferma che "*la colpevolezza costituzionalmente richiesta non costituisce elemento da potere essere, per discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato*".

Questo duplice titolo d'imputazione costituisce il presupposto affinché venga rispettato il principio sancito dal 1° comma dell'art. 27 Cost. ed una conferma di questo assunto si ottiene anche argomentando in termini di teoria della pena.

In particolare, la necessità dell'integrazione sociale ha notevoli implicazioni con il principio della personalità della responsabilità come sopra de-

lineato. Infatti, soltanto in rapporto ad un fatto che sia proprio di un soggetto, tale da potere essere avvertito come integrale espressione della persona, può essere intrapresa un'azione di risocializzazione e confidarsi in una non ulteriore desocializzazione del soggetto. D'altra parte in un'ottica di prevenzione generale, l'adesione ai principi dell'ordinamento può determinarsi soltanto se i consociati vengono chiamati a rispondere penalmente per i fatti che siano inequivocamente ad essi imputabili, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo[85].

Sulla scorta di tali argomentazioni, nel nostro ordinamento, è possibile non solo affermare l'incompatibilità della responsabilità per fatto altrui, ma anche della responsabilità oggettiva, che, in quanto fondata sulla sola causazione fisica dell'evento, non considera indispensabile la sua riconducibilità alla personalità del soggetto, con ciò ponendosi in contrasto non solo con la norma di cui all'art. 27, I comma, Cost., ma anche con i principi normativi che, in positivo o in negativo, disciplinano la funzione della pena nel nostro ordinamento.

In conclusione, l'interazione dei principi di personalità della responsabilità penale, art. 27, comma I, Cost., di legalità, art. 25, comma II, Cost., e di rieducazione, art. 27, comma III, Cost., ha fornito alla Consulta la base argomentativa per risolvere il problema, denso di implicazioni, dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, contenuta nell'art. 5 c.p., che era espressione di un'impostazione autoritaria dell'ordinamento giuridico.

In una successiva pronuncia, la n. 1085/1988, la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere sulla costituzionalità dell'art. 626 c.p. ed ha dichiarato costituzionalmente illegittima tale disposizione, nella parte in cui non estende la disciplina sul furto d'uso alle ipotesi di mancata restituzione, dipesa da caso fortuito o forza maggiore, dopo un uso momentaneo, delle cose sottratte. La Consulta ha posto l'accenno sull'importanza della mancata restituzione della cosa sottratta al cui verificarsi la legge collega le più gravi sanzioni previste per le ipotesi di furto ordinario ed ha ritenuto che, al dato obiettivo della mancata restituzione, debba essere collegato quello subiettivo del dolo o della colpa in cui versi il soggetto agente.

Nella motivazione si legge che l'elemento psicologico del furto d'uso si deve rinvenire in entrambi i momenti della condotta (*sottrazione e mancata restituzione*) in quanto solo la compresenza di tali elementi è idonea a "*generare il rimprovero di cui all'art. 27, primo comma, Cost.*"; di conseguenza,

la mancata restituzione “*se è dovuta a caso fortuito o forza maggiore, non è addebitabile al soggetto agente: il caso fortuito e la forza maggiore impediscono, di conseguenza, il rimprovero a titolo di furto comune dell’unitaria predetta ipotesi*”. In tale pronuncia la Corte ha, quindi, escluso che l’art. 27 Cost. contenga un divieto tassativo della responsabilità oggettiva, ma ha in ogni caso affermato che i comportamenti, per essere incriminati, debbano essere non solo soggettivamente collegati all’agente, ma anche allo stesso “*rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati*” [86].

In conclusione nelle note pronunce nn. 364 e 1085/1988 la Consulta ha attribuito all’art. 27 Cost. il significato, non già di mero divieto di responsabilità per fatto altrui, bensì di fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, stabilendo che non si possa parlare di responsabilità penale se non ci si trovi in presenza di un fatto proprio colpevole [87].

Sicuramente la sentenza che ha segnato il definitivo superamento della concezione polifunzionale della pena è la n. 313/1990, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l’art. 27 Cost., comma III, l’art. 444, comma II, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice possa valutare la congruità a fini specialpreventivi della pena indicata dalle parti nel patteggiamento, rigettando la richiesta nel caso di valutazione sfavorevole. La Corte riconosce l’assenza di nesso tra la scelta dell’imputato a favore di un procedimento speciale e le esigenze di rieducazione, potendo la prima dipendere da un mero calcolo utilitaristico svincolato da elementi capaci di indicare un avvenuto o possibile ravvedimento. Tanto ciò è vero che tale scelta processuale si può porre in contrasto con l’esigenza di orientare il trattamento preventivo a finalità rieducative. In altri termini, se il momento commisurativo della pena deve essere interpretato alla luce dello scopo specialpreventivo, occorre censurare co-

me illegittima la disciplina del patteggiamento in quanto non attribuisce al giudice alcun sindacato sulla congruità ed adeguatezza della pena individuata dalle parti a fini rieducativi. Si legge nella motivazione "*la necessità costituzionale che la pena debba tendere alla rieducazione, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica, invece, proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*" ed ancora "*il precetto di cui al 3° comma dell'art. 27 Cost. deve valere tanto per il legislatore che per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione o della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie*" [88].

La Corte, sul presupposto che a base della concreta determinazione della pena si pone un problema di adeguatezza e proporzionalità, legge la finalità rieducativa della stessa come il suo fine primario, sia in fase di ideazione in sede legislativa sia in fase di cognizione e di esecuzione e assume, quindi, che il precetto di cui all'art. 27 Cost., comma III, è imperativo tanto per il legislatore quanto per i giudici, i quali ne devono tenere conto nella determinazione concreta della sanzione (nel senso che la pena adeguata deve essere rapportata non solo al disvalore sociale che il reato esprime, ma anche a ciò che è necessario o opportuno al fine del recupero del condannato). In questo modo, la Corte esclude che istanze specialpreventive possano giustificare l'inflizione di una sanzione superiore al grado di colpevolezza del reo, dal momento che non si può prescindere dallo stretto collegamento che intercorre tra il principio di rieducazione e quello di proporzione. Per gli stessi motivi la Corte ritiene che non possono avere seguito, sempre nella fase della comminatoria della pena, istanze generalpreventive che legittimino l'inflizione di pene esemplari, da utilizzare come monito alla collettività.

D'altra parte, lo stesso legislatore ha affidato alla pena una funzione rieducativa, attraverso gli istituti della liberazione condizionale, delle misure alternative alla detenzione (quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la detenzione domiciliare, la liberazione anticipata), delle sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi.

Il termine "*rieducare*" comporta quindi un ritorno del condannato nella comunità sociale dopo avere corretto i propri comportamenti ed essere stato reinserito progressivamente nel proprio contesto sociale di riferimento. Chiaramente, come si è già evidenziato, la tecnica di rieducazione muterà a

seconda che si tratti di un soggetto emarginato o di un soggetto socialmente bene inserito.

1.6. *I percorsi legislativi di politica penale in Italia*

L'evoluzione tratteggiata rende manifesto che l'evoluzione legislativa non è stata lineare e coerente, ma ha assunto le caratteristiche di una catena segmentata, spesso non coerente e dettata da reazioni emotive dinanzi a vicende concrete che hanno colpito in maniera rilevante la coscienza collettiva. Si è così avuto un susseguirsi, spesso confuso, di interventi legislativi diretti per lo più a realizzare appieno le istanze rieducative nell'applicazione della pena. In particolare e, a titolo esemplificativo, giova ricordare: a) la modifica della disciplina dell'ergastolo che è servita ad eliminare la contraddizione esistente tra il carattere perpetuo della pena irrogata e la sua finalità rieducativa. La Legge n. 1634/1962 ha previsto l'applicabilità dell'istituto della liberazione condizionale allorquando il soggetto abbia scontato già ventotto anni di carcere e la successiva Legge n. 663/1986 ha previsto un ulteriore riduzione della pena a ventisei anni, oltre ad avere esteso anche agli ergastolani il beneficio della semilibertà e liberazione anticipata; b) la Legge n. 354/1975 che, come vedremo, ha modificato radicalmente l'ordinamento penitenziario, introducendo alcune misure alternative alla detenzione sul modello della *probation*; c) l'ulteriore riforma penitenziaria realizzatasi con l'emanazione della Legge n. 663/1986 (Legge Gozzini) che ha tentato un'ulteriore accentuazione della dimensione rieducativa della disciplina della pena; d) l'entrata in vigore della Legge n. 689/1981 che ha introdotto il sistema delle "*sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi*"; e) infine con l'entrata in vigore della Legge n. 165/1998 (Legge Simeone) si è verificato un ulteriore ampliamento delle possibilità di accesso alle misure alternative.

Al susseguirsi disordinato di tali provvedimenti, si è anche aggiunta l'entrata in vigore nel 1989 del nuovo codice di procedura penale che ha introdotto, al VI libro titolato "*procedimenti speciali*", percorsi alternativi nella gestione del processo. L'introduzione nel processo penale dei riti alternativi, ossia del rito abbreviato e del patteggiamento della pena, ha determinato una situazione di grande imprevedibilità nell'applicazione concreta della pena che sicuramente si concilia male con il principio di legalità e con la finalità che la pena stessa persegue. Più precisamente lascia perplessi che il legislatore preveda in astratto livelli di pena determinati e che in concreto tale previsione non si persegua in quanto la stessa si scontra

con la causalità del processo giudiziario seguito o della scelta sanzionatoria alternativa prescelta. A ciò si aggiunga che l'enorme dilatazione dei tempi processuali e la conseguente necessità di dare immediatamente una risposta satisfattoria all'allarme sociale ha spesso indotto l'autorità giudiziaria inquirente ad abusare dello strumento della "*pena senza processo*".

In conclusione, il divario esistente tra pena minacciata e quella irrogata in sentenza e tra quest'ultima e quella effettivamente eseguita è ormai di così ampie proporzioni da determinare spazi crescenti di vera e propria ineffettività dei castighi legali. In questo sistema sempre più forte sta diventando la voce di coloro i quali, stigmatizzando negativamente le violazioni perpetrate ai principi di uguaglianza e certezza del diritto, suggeriscono, prendendo spunto da un processo ispirato ai principi di un diritto penale minimo[89], una riforma del sistema in favore di un sistema sanzionatorio più mite nelle previsioni edittali e più articolato nelle sue modalità di esecuzione.

D'altra parte, la prospettiva dell'integrazione sociale esige che, sotto il profilo contenutistico, la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà, cioè risultino contrassegnati da un'effettiva dannosità sociale. Ciò in quanto l'azione di risocializzazione richiede che il soggetto percepisca con chiarezza l'antisocialità del proprio comportamento, ovvero l'offesa significativa del bene giuridico tutelato dalla norma di riferimento. In questo contesto possono essere prese in considerazione, ai fini di un giudizio legislativo di disvalore sociale, solo quelle condotte dotate di particolare attitudine offensiva, ossia socialmente dannose, di talché le modalità di aggressione al bene tutelato forniscono un criterio basilare per apprestare un adeguato assetto di tutela[90].

Tali considerazioni non possono prescindere dal considerare il problema del necessario trattamento differenziato delle microviolazioni. Ed infatti il controllo della criminalità lieve comporta la necessità di interventi globali che trascendano le singole materie. In ogni caso la prospettiva dell'integrazione sociale incoraggia la scelta per un trattamento differenziato delle microviolazioni, le quali, anche se connesse a beni di rilevante entità, presentano uno scarso disvalore sociale, tale da far sì che per queste tipologie di reati siano predisposti diversi sistemi di punizione, che presentino una minore afflittività.

In proposito basta considerare che il potere punitivo statuale, se esercitato troppo frequentemente, finisce con l'indebolirsi; al contrario se alla pena viene lasciato il rigore di ultima *ratio*, si conferisce particolare credibilità all'intervento statuale, assicurando al contempo la difesa ed il rispetto della personalità individuale nei confronti di eccessivi interventi da parte del potere punitivo.

A queste considerazioni di carattere generalpreventivo se ne devono affiancare altre relative alla prevenzione speciale, per le quali l'approccio del singolo con la giustizia penale va ridotto all'essenziale, essendo scontati gli effetti desocializzanti connessi all'inflizione di una pena criminale. Probabilmente non è difficile tracciare un "programma" per il legislatore che voglia costruire un sistema di misure afflittive efficace e coerente con le finalità generalmente condivise, nell'attuale momento storico e in considerazione del livello di civiltà che ci appartiene, in ordine alla funzione della pena. Ciò che appare davvero difficile, alla luce delle esperienze che viviamo oggi nel nostro Paese, è di tradurre le prescrizioni normative in prassi virtuose e coerenti. Spesso, infatti, si ha l'impressione di provvedimenti che, seppure ispirati dalle migliori intenzioni, finiscono, per le difficoltà incontrate nella concreta attuazione, con il sortire effetti ben diversi da quelli originariamente immaginati.

CAPITOLO 2

LA STORIA E LE FONTI DELLA MATERIA PENITENZIARIA

2.1. *Cenni storici su origine ed evoluzione del carcere*

Nell'ampio arco della storia dell'umanità non è facile individuare nel suo preciso momento temporale la nascita dell'idea di realizzare una struttura carceraria ove restringere i condannati [1]. Tuttavia, l'esigenza della collettività di allontanare dalla comunità umana coloro che si erano macchiati di fatti antisociali è antica quanto la volontà di punire.

Interrogando le fonti antiche è da escludere che il carcere, intesa come istituzione strutturata e organizzata, fosse un luogo di espiazione noto ai greci e, del resto, ai romani, i quali provvedevano alla realizzazione di strutture di detenzione finalizzate unicamente alla fase che precedeva il giudizio, per assicurare la presenza dell'imputato al processo che, una volta condannato, poteva essere sottoposto alla pena di morte, a pene corporali o all'esilio – *interdictio acquae et ignis* – [2]. Si trattava di una **funzione meramente custodiale** piuttosto che punitiva [3].

Non mancano in questo periodo storico, tuttavia, significativi esempi non istituzionalizzati di particolari forme di espiazione della condanna che nei secoli successivi saranno in larga parte recuperati come modelli opera-

tivi, come quello dell'*ergastulum*, ossia la "casa di lavoro" dove il condannato veniva incatenato con gli schiavi per essere adibito ai lavori agricoli, il c.d. *servo della pena* (servus poenae). Il sistema punitivo era sostanzialmente articolato in *pene private* e *pene pubbliche*, a seconda della natura dell'interesse violato se individuale o collettivo.

Prima che l'ordinamento assumesse una struttura normativa definita, la giustizia penale si occupava unicamente della categoria dei "delitti naturali", ossia di quei fatti che non sfuggivano ad una precisa valutazione di riprovazione da parte della coscienza collettiva, sia se commessi ai danni di singoli cittadini che dell'organizzazione sociale nel suo complesso. La finalità della pena si risolveva, in questo modo, in una vera e propria **vendetta sociale**, secondo l'originale rozzezza della formula "*occhio per occhio, dente per dente*" [4].

Nell'ampia parabola del periodo medioevale si affermò il concetto di espiazione attraverso l'attività riparatrice del responsabile del crimine nei confronti della vittima. Per questo scopo si fece ricorso ad un istituto di derivazione germanica, il *guidrigildo*, ossia il "prezzo dell'uomo libero". Si trattava del valore in beni o in danaro che il responsabile del delitto doveva pagare, soprattutto l'omicida, alla famiglia dell'ucciso per andare esente dalla vendetta. Con il ricorso sempre più frequente a questa singolare ipotesi di estinzione della pena furono elaborati dei veri e propri canoni di commisurazione dell'importo, per cui il prezzo variava a seconda del profilo soggettivo dell'autore e della vittima, dal rango di appartenenza dell'ucciso e anche da altre imprevedibili ed arbitrarie variabili. La pena assume in questo periodo la fisionomia della **vendetta privata** consumata dalla vittima e dai suoi parenti.

A partire dai secoli XIV e XV con l'affermazione dell'età comunale [5] si valorizzano come centrali al sistema della pena i concetti di "isolamento" e di "privazione della libertà personale" che dopo la pena di morte rappresentano i nuovi contenuti della punizione, senza mai trascurare le pene corporali e le mutilazioni eseguite in pubblico [6]. Secondo un lento ed ine-

sorabile divenire inizia in questo ampio periodo la edificazione dei luoghi di pena dove gli istinti della ferocia umana consegneranno poi ai secoli successivi le proprie testimonianze più autentiche: la prigione dei "Piombi" di Venezia; le "segrete" della maremma toscana; la "Torre della fame" di Pisa e così via [7].

In tutte le stagioni della storia, tuttavia, la pena viene caratterizzata da aspetti rituali che ne mettono in luce i tratti di spettacolarizzazione della sofferenza, ad esempio condurre i condannati su di un carro per mostrarlo alla cittadinanza, anche per indurre effetti di esemplarità in chiave di prevenzione generale [8]. A ben vedere: "*La prigione, nell'insieme, è incompatibile con tutta la tecnica della pena-effetto, della pena-rappresentazione, della pena-funzione generale, della pena-segno e discorso*" [9].

Intorno al 1500 si registrano le prime vere concentrazioni penitenziarie ove il carattere di penalità assume connotazioni di tipo sociale e culturale mirato alla repressione della categoria dei "disturbatori dell'ordine sociale". In questo modo l'istituzione penitenziaria si individua soprattutto per una particolare popolazione carceraria che finisce per raccogliere in gran parte soggetti emarginati e vagabondi [10].

La nascita dell'idea dell'espiazione della pena, vista come assoluta privazione della libertà, trova dunque la sua naturale correlazione con l'idea del carcere, ossia di una struttura costruita *ad hoc* che assicuri la giusta retribuzione per il male inflitto.

La vera svolta al concetto di pena e di supplizio, ma soprattutto per la necessità di garantire una procedura tipica da cui scaturisse la punizione, viene impressa con l'istituzione del Tribunale dell'Inquisizione. In questo contesto si registra la confusione dei concetti di morale e di diritto con una

evidente ricaduta sul significato della pena che finirà per identificarsi esclusivamente nell'emenda del condannato [11].

Soltanto con l'avvento delle idee illuministiche si avvia un processo radicalmente nuovo che, seppure molto lentamente, porrà termine alla espiazione più bieca delle pene, attraverso l'affermazione della dimensione statuale della irrogazione della sanzione penale, legata a presupposti di legalità che passano per esplicite previsioni normative delle forme di illecito.

Una concezione assolutamente nuova nel panorama storico delle forme di esecuzione della sanzione penale di tipo detentivo fu progettata nel 1791 da Jeremy Bentham in Inghilterra, su commissione del Parlamento inglese, anche se mai divenuta oggetto di concreta attuazione per un espresso divieto del sovrano dell'epoca Giorgio III [12]. La premessa teorica è rappresentata da una ben definita visione della struttura carceraria sulla base di uno schema edilizio reso funzionale ad una precisa idea di espiazione della pena: il *Panopticon* (o panottico), definito anche *Inspection House* [13].

Il progetto di Bentham, seppure non realizzato secondo le diverse articolazioni strutturali immaginate dal suo autore, divenne successivamente oggetto di realizzazione in occasione dell'edificazione di alcune prigioni degli Stati dell'America del nord.

Il concetto di fondo era quello di creare una struttura, una perfetta **macchina di controllo**, dove l'isolamento e la privazione della libertà personale fossero accompagnate dalla visibilità della sofferenza del condannato che doveva rimanere privo di spazi di intimità, sempre sotto lo sguardo vigile e indiscreto di un secondino che, al centro di un sistema di celle concepito su di una pianta a stella, riuscisse ad osservare contemporaneamente, senza essere osservato, tutti i reclusi in celle formate di sbarre, attraverso un sistema di specchi, di lampade e di scuri. Si pone per la prima volta la necessità di associare all'idea della pura azione repressiva dello Stato quella di recupero della dimensione morale del condannato, smarrita per effetto della sua condotta illecita.

Intanto, in Europa si andavano diffondendo le tesi di Cesare Beccaria espresse nel celebre volumetto *Dei delitti e delle pene* sulla soppressione della pena di morte e della tortura che saranno gli elementi di sicura novità su cui verrà a proporsi il diritto penale di matrice illuministica, fondato

sulla legge scritta secondo i caratteri di generalità e di astrattezza [14]. Anche l'idea carceraria si allinea ai nuovi principi che sollecitano una progressiva umanizzazione del vasto catalogo delle sanzioni criminali, nel tentativo di sciogliere la sanzione penale dal vincolo della esemplarità, funzionale ad un esclusivo fine di prevenzione generale.

L'arco temporale che copre la fine del XVIII e il XIX secolo vede il concretizzarsi di una precisa idea dell'istituzione carceraria, filtrata attraverso lo spettro delle nuove concezioni economiche che governano la cultura del tempo. Il carcere, nella sua struttura e nella sua funzione viene assimilato alla fabbrica, per cui si lega all'idea del lavoro da imporre al condannato, come la forma più adeguata per assicurare alla società un ritorno di carattere economico, per il mantenimento della struttura e dei suoi addetti, e di carattere morale per l'espiazione e la sofferenza che spettano come contropartita del male inflitto alla comunità sociale [15]. Il tipo di esperienza penitenziaria più vicina al modello economico di espiazione della sanzione penale è certamente quello detto "Filadelfiano", dove l'espiazione coincideva con il lavoro obbligatorio dei detenuti in laboratori all'interno del carcere, per coglierne un duplice vantaggio: l'autofinanziamento della struttura; mettere in grado il detenuto-lavoratore di imparare un lavoro per poi sostenersi una volta espiata la condanna.

L'idea moderna delle ragioni dell'istituzione e della funzione di una struttura penitenziaria organizzata si afferma in realtà con l'epoca della codificazione. Con il Codice penale napoleonico la legislazione penale assu-

me quelle connotazioni di legalità che si andranno sempre più affinando nei decenni successivi, fino a giungere ai codici penali di matrice liberale di fine ottocento. Tutto il secolo XIX è percorso da correnti ideologiche e politiche che saranno alla base delle svolte di unificazione di alcuni paesi europei, tra cui l'Italia e la Germania.

La prerogativa della legislazione penitenziaria è quella di essere rappresentata da fonti normative autonome, seppure di rango amministrativo-regolamentare, che tuttavia accompagnano l'entrata in vigore della legislazione penale di rango primario. Nel Regno delle Due Sicilie riveste un particolare interesse storico e giuridico il *Regolamento per gli stabilimenti carcerari* varato nel 1817 sotto il regno di Ferdinando II di Borbone [16], come allo stesso modo viene varato negli Stati Sardi, sotto il regno di Carlo Felice il 25 novembre 1828, il *Regolamento provvisorio pella nuova casa di reclusione e di lavoro di Saluzzo*.

Con l'avvento dell'unità d'Italia, dopo una temporanea vigenza del codice sardo riformato, accompagnato dal *Regolamento generale per le carceri giudiziarie del Regno* emanato con R.D. 27 gennaio 1861, entra in vigore il codice penale Zanardelli, che prende nome dal Ministro guardasigilli dell'epoca, nel 1889, cui si accompagna il primo *Regolamento generale per gli Stabilimenti carcerari e pei Riformatori governativi del Regno*, entrato in vigore con il R.D. 1 febbraio 1891, n. 260, che conteneva la prima disciplina organica varata dal nuovo Stato posta a regolare l'organizzazione della struttura carceraria [17]. Da questo momento storico in poi la scienza penalistica offre il suo deciso contributo alla elaborazione di nuove e moderne concezioni della sanzione penale che non mancheranno di influenzare le leggi e le normative regolamentari volte a disciplinare la vita e l'organizzazione interna dell'istituzione penitenziaria [18].

2.2.1. *Le fonti legislative del diritto penitenziario italiano*

Il diritto penitenziario è costituito da quell'apparato normativo appartenente alla legislazione italiana posto in generale a disciplinare: a) gli istituti giuridici che presiedono alla esecuzione della sanzione penale, caratterizzate come misure alternative alla detenzione o come diverse modalità di

espiazione; b) le strutture del sistema penitenziario ed i compiti e le funzioni del personale in esse operante [19].

Si possono, in questo modo, nettamente distinguere due diversi profili della legislazione penitenziaria nel suo complesso, dove da un lato si coglie l'insieme delle norme poste a regolare l'organizzazione e la vita amministrativa nell'ambito delle strutture carcerarie; dall'altro la specifica disciplina relativa al tipo ed alle modalità di trattamento del soggetto a qualsiasi titolo ivi internato.

L'ordinamento penitenziario italiano era originariamente disciplinato dal "*Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena*" adottato con R.D. 18 giugno 1931, n. 787 che trovò la sua normativa di integrazione e di completamento nella Legge 9 maggio 1932, n. 547 "*Disposizioni sulla riforma penitenziaria*" entrambi frutto dell'iniziativa normativa del Ministro Guardasigilli Alfredo Rocco che venivano a completare il quadro legislativo in materia penale, raccordandosi ai contenuti dei codici penali, sostanziale e di rito, del 1930 [20].

Il regolamento del 1931 era caratterizzato da una particolare connotazione repressiva, funzionale ad una concezione della pena improntata a caratteri di prevenzione generale e di emenda. Nella relazione di accompagnamento al Regolamento degli istituti di prevenzione e pena così si esprimeva il Rocco: "*norme di vita carceraria che siano bensì idonee ad emendare il condannato, ma non tolgano alla pena il carattere afflittivo e intimativo, e viene ribadito in termini non equivoci l'austero carattere della esecuzione penale che, per conciliare le varie finalità che si propone la pena, dev'essere mezzo di repressione, d'espiazione, di prevenzione generale e di emenda*" [21].

Con la evoluzione dei principi del diritto penale imposti dalla entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 si rese necessario la radicale revisione dei principi ispiratori di quel regolamento. L'importanza che aveva acquisito la materia portò anche una decisa innovazione del livello della fonte normativa che avrebbe compreso la nuova disciplina penitenziaria. Non più un regolamento amministrativo ma, per la peculiarità dell'ambito in cui viene regolata la vita di coloro cui è temporaneamente ridotta la libertà personale, la fonte sarebbe stata di diretta emanazione parlamentare, attraverso una legge formale di rango ordinario.

Con la Legge 26 luglio 1975, n. 354 entrava in vigore la nuova disciplina penitenziaria contenente le "*Norme sull'Ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà*" [22]. Questa legge era composta di 91 articoli che si distinguevano in norme sul trattamento penitenziario e in norme che riguardavano l'organizzazione penitenziaria. Tuttavia, la concreta normativa di attuazione della disciplina generale della legge veniva adottata con il D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431 "*Regolamento di esecuzione*". Tale regolamento di esecuzione era particolarmente significativo poiché stabiliva nel dettaglio quali erano le infrazioni disciplinari sanzionabili e quali le procedure di irrogazione e di esecuzione delle sanzioni.

Per effetto del principio di gerarchia delle fonti che caratterizza l'ordinamento giuridico italiano, la legislazione del settore penitenziario deve, dunque, essere orientata secondo i caratteri di compatibilità e di armonizzazione alle norme fondamentali sancite dalla Carta costituzionale e prima fra tutte, quelle che definiscono il rilievo assoluto dei diritti fondamentali della persona umana, contenuti agli artt. 1, 2 e 3, nonché le disposizioni in materia di applicazione e di esecuzione della sanzione penale previste agli artt. 13, 24, 25 e 27 Cost.

Nella moderna visione del diritto penale di ispirazione costituzionale la funzione della pena non può rimanere circoscritta alla fase della sua irrogazione che conclude il giudizio sulla responsabilità penale, ma deve trovare il suo momento di attuazione anche nella fase della sua concreta esecuzione. Questo capovolgimento di prospettiva è determinato da una lettura attenta della disposizione della Carta costituzionale, ove all'art. 27 viene stabilito, tra l'altro, che "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condanna-*

to" [23]. In questo modo l'enunciato fondamentale sancisce che non solo il giudice penale ha il dovere di individuare la misura adeguata della pena da irrogare, in considerazione del potere discrezionale conferitogli attraverso i canoni di commisurazione indicati all'art. 133 del codice penale, per quanto all'organizzazione dello Stato viene imposto che il percorso di espiazione della sanzione continui a perseguire concretamente la finalità di rieducazione e di risocializzazione del condannato.

Con tali premesse il diritto penitenziario non può essere considerato come la materia che si limita alla disciplina delle modalità di esecuzione delle sanzioni che costituiscono privazione o limitazione della libertà personale [24]. Già da molti anni, infatti, la dottrina penalistica ha compiuto sul tema una profonda riflessione, ritenendo che la materia del diritto penale dell'esecuzione, il cui riferimento normativo è rappresentato dall'ordinamento penitenziario, è un vero e proprio settore del diritto penale sostanziale: "*A volte, interi settori normativi tradizionalmente propri della "parte generale" trasmigrano in testi particolari, soggetti a logiche non sempre armonizzabili con quella delle superstiti disposizioni del codice: è il caso delle misure alterative alla detenzione contenute nell'ordinamento penitenziario*" [25].

È stato opportunamente sottolineato che il fondamento teleologico-costituzionale che raccorda le materie, e che apparivano tradizionalmente eterogenee, non ha invece trovato un immediato riconoscimento a causa di una "*carenza di strumenti di indagine e di un'adeguata attrezzatura culturale*" [26]. Questa a nostro avviso, è la causa di una innaturale frammentarietà dell'ambito in cui si agita il tema della funzione della pena che contribuisce a separare il momento della irrogazione da quello della esecuzione, impedendo che i principi generali che governano la materia del diritto penale sostanziale possano decisamente svolgere la loro efficacia sulla fase della esecuzione.

Questa nuova prospettiva conferirebbe armonia e coerenza a tutte le fasi che garantiscono e assicurano la funzione costituzionale della pena. Soltanto nel rispetto di queste premesse può trovare correttamente attuazione la pretesa punitiva dello Stato che va colta nella sua complessità a partire dal momento della verifica processuale dell'addebito di un fatto di reato

cui consegue la sanzione adeguata, fino al momento della corretta espiazione, anche nelle possibili forme alternative, che assicura l'assolvimento della funzione della pena.

Lo sforzo di una lettura congiunta dei vari momenti in cui si esprime la funzione della pena è stato, a ben vedere, reso anche particolarmente difficile a causa dei continui interventi legislativi di carattere *emergenziale*, registrati nell'ordinamento penitenziario. L'allarme sociale prodotto da fenomeni di criminalità particolarmente gravi, quali il terrorismo politico e la criminalità mafiosa e camorristica, hanno avuto decise ripercussioni anche nella fase della esecuzione della pena, per cui l'organizzazione del sistema carcerario ha subito incisive modifiche normative al punto da destare perplessità circa il pieno rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Le restrizione all'ordinario regime carcerario, infatti, e per alcuni versi la loro originaria temporaneità che ha assunto per converso connotazioni di definitività, sono tutti interventi che mirano a configurare un regime penitenziario differenziato, in considerazione delle diverse categorie di detenuti in relazione alla loro personale storia criminale. In buona sostanza la tenuta del sistema deve oggi fare i conti da una parte con le innovazioni introdotte da norme di emergenza come quella dell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, dall'altro con interventi di carattere liberale rappresentati dal *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* entrato in vigore con il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Non va infine trascurato che con la previsione dei trattamenti differenziati, che modificano *in pejus* l'espiazione della pena, si pongono esigenze di giurisdizionalizzazione di tali misure anche alla luce del nuovo dettato dell'art. 111 introdotto nella Carta costituzionale.

La legge fondamentale della materia penitenziaria n. 354/1975 è stata ripetutamente oggetto di significative modifiche e integrazioni ad opera di provvedimenti legislativi succedutesi nel tempo. La più significativa, anche per le scelte culturali di fondo che la connotavano, è del 10 ottobre 1986, n. 663 "*Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*" più nota come "Legge Gozzini" [27], che rimodellava numerosi istituti introdotti con la precedente legge; per poi passare alla Legge 27 maggio 1998, n. 165 "*Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975 n. 354, e successive modificazioni*" detta "Legge Simeone", nonché alla Legge 19 dicembre 2002, n. 277 "*Modifiche alla legge 26 luglio 1975 n. 354, in materia*

di liberazione anticipata" che ha riscritto anche in parte l'art. 47 O.P.; per finire alla Legge 23 dicembre 2002, n. 279 che ha definitivamente stabilizzato la misura dell'art. 41-*bis* modificando la Legge 7 agosto 1992, n. 356 di conversione del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306. L'evoluzione legislativa evidenzia, in buona sostanza, una nuova realtà, dal momento che il superato e monolitico modello penitenziario non offriva più adeguati strumenti per il controllo di "ospiti", che, oltre a vedere le loro fila ingrossarsi a dismisura, presentavano sempre più complesse difficoltà di "gestione" [28]. Si è imposta, pertanto, la necessità di diversificare il classico e uniforme metodo punitivo attraverso l'introduzione, da un lato, di una nuova *idea di trattamento*, e, dall'altro, di forme di *differenziazione carceraria*.

Deve essere, ancora, segnalato un intervento legislativo particolarmente significativo per l'alto valore civile che lo distingue e che offre garanzia di tutela ai figli minori di donne detenute, introdotto con la Legge 8 marzo 2001, n. 40 "*Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*".

Infine, il Parlamento italiano con la Legge 4 dicembre 2005 n. 251 [29] ha varato un provvedimento legislativo particolarmente significativo in ambito penitenziario che modifica in parte i presupposti di concessione dei benefici previsti dalla Legge n. 354/75. Nei propositi del legislatore occorreva dare un segnale di netto rigore in presenza di una criminalità dilagante di tipo metropolitano che molto spesso ha sfruttato gli spazi che la legislazione, soprattutto premiale, mette a disposizione. In particolare le statistiche hanno evidenziato che un notevole numero di fatti criminosi vengono commessi da recidivi e da soggetti che si trovano in esecuzione di misure alternative alla detenzione in carcere o comunque sono beneficiari di provvedimenti premiali.

Non può essere certamente trascurato il dato emotivo che è alla base di una tale inversione di tendenza rispetto alle consolidate scelte legislative e giurisprudenziali del passato, così come non può non essere rilevata la scelta di vincolare il Giudice, prima nella fase processuale dell'accertamento della responsabilità penale poi la Magistratura di Sorveglianza, nella fase di applicazione degli istituti premiali stabiliti dalla normativa penitenziaria. La nuova disciplina, infatti, ridisegna il percorso rieducativo differenziando la categoria dei soggetti che per la prima volta si rendono autori di un reato, da quella dei soggetti dichiarati recidivi dal Giudice. L'impianto complessivo dell'intervento legislativo pone oggettivamente il problema

della tenuta dei principi costituzionali e soprattutto del rispetto della finalità rieducativa della pena. Mentre da un lato la prima parte della legge, quella relativa ai meccanismi premiali della prescrizione del reato, sembra un chiaro segnale verso il recupero sociale del reo, d'altro lato la riformulazione normativa *in pejus* degli istituti premiali non sembrano condividere le aspirazioni alla rieducazione e alla risocializzazione del condannato.

In definitiva, il legislatore, così come era accaduto con la stabilizzazione del regime dell'art. 41-*bis* O.P., tende a privilegiare i caratteri generalpreventivi della pena, affidandosi a strumenti espressivi di una deterrenza generalizzata.

Nel prossimo futuro con l'entrata in vigore della Costituzione europea, occorrerà tenere conto tra le fonti del diritto penitenziario anche dei provvedimenti legislativi varati in sede europea. In questo caso il sistema legislativo italiano si arricchirà di un'altra fonte del diritto che senza alcuna mediazione nazionale entrerà direttamente in vigore nell'ordinamento italiano.

2.2.2. *Le altre fonti del diritto penitenziario*

Il settore del diritto penitenziario più di ogni altro settore dell'ordinamento giuridico italiano è stato oggetto di numerosi interventi di adeguamento, integrazione e raccordo normativo da parte di quella fonte atipica che viene definita "*diritto giurisprudenziale*". La rapida evoluzione del settore delle leggi in materia penitenziaria, contrassegnata da una convulsa e precipitosa attività di intervento da parte del legislatore hanno talvolta lasciato spazio a vuoti normativi che è stato necessario colmare attraverso l'intervento della prassi.

Le fonti "*non legislative*" sono state essenzialmente di due tipi e risalgono alla giurisprudenza della Corte Costituzionale[30] e della Corte di Cassazione. Se da un lato la Consulta è ripetutamente intervenuta per "dirozzare" il quadro legislativo che talvolta appariva privo di sicuri ancoraggi al paradigma costituzionale, l'opera quotidiana dei giudizi di legittimità ha determinato indirizzi interpretativi omogenei che, a causa della profonda disorganicità della materia, si rendevano necessari per assicurare la garanzia del criterio del medesimo trattamento nel campo dei diritti fondamentali della persona umana.

Il diritto penitenziario in realtà sconta un duplice ritardo, rappresentato dalla mancata preventiva istituzione di una giurisdizione *ad hoc*, in grado

di assicurare il pieno rispetto delle regole di tutela processuale garantite dall'art. 111 Cost. – mutuandole dalle norme del codice di procedura penale in materia di esecuzione –, e da un oggettivo scollamento che si coglie verificando il catalogo sanzionatorio del codice penale rispetto all'ampio ventaglio delle misure di rigore e delle misure alternative alla detenzione. Per questo secondo aspetto soltanto un nuovo codice penale potrebbe definitivamente chiarire i rapporti teorici tra pena irrogata per la responsabilità del reato, sancita dal titolo esecutivo, e pena da scontare che, pur non perdendo il suo contenuto di disvalore, può assumere connotazioni diverse in termini di quantità e qualità.

Per quanto concerne la tutela giurisdizionale soltanto la Corte Costituzionale ha riconosciuto, o addirittura conferito *ex novo*, un ruolo diverso alla Magistratura di Sorveglianza originariamente caratterizzata dall'assolvimento di una funzione eminentemente amministrativa che la vedeva denominata come "Ufficio di Sorveglianza".

Tra i numerosi interventi di sistemazione della materia processuale in campo penitenziario resta il più significativo quello svolto dalla Corte Costituzionale con la **sentenza 8 febbraio 1999, n. 26**[31], dove si colgono significative affermazioni circa la rilevanza dello *status* di detenuto e importanti conferme del ruolo del Tribunale di Sorveglianza nel quadro della giurisdizione italiana.

La Consulta in primo luogo sottolinea l'importanza del riconoscimento dei diritti della persona detenuta: "*L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti*". Per poi confermare la piena "giustiziabilità" dei diritti del detenuto, attraverso rimedi storicamente già presenti nella legislazione di settore, anche se sotto vesti diverse e in ambiti normativi diversi, che assumo oggi una valenza significativa per quanto significativa ed essenziale è il rispetto dei diritti dell'uomo: "*In ogni caso, l'elemento fondamentale che accomuna tutti questi rimedi posti a tutela di posizioni soggettive connesse all'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale è la loro idoneità ad assicurare la tutela, di volta in volta, dei diritti del detenuto secondo modalità di natura giurisdizionale*".

Sotto il profilo sostanziale si presentano come fondamentali i contributi di assoluta modernità dei contenuti e della funzione moderna della sanzione penale forniti con la sentenza n. 364/1988, relativa alla rivisitazione del prin-

cipio sancito all'art. 5 c.p., e la n. 1085/1988, sulla costituzionalità dell'art. 626 c.p. in materia di furto d'uso[32].

Né si possono trascurare i fondamentali contributi forniti in relazione alla corretta individuazione della natura giuridica delle diverse forme di espiazione della pena o di misure alternative alla detenzione in carcere. Con la **sentenza 13 giugno 1985, n. 185**, la Consulta sanciva che l'affidamento in prova al servizio sociale è pur sempre una pena, seppure con particolari modalità di espiazione[33]; oppure, sempre in materia di affidamento in prova, la decisiva affermazione contenuta nella **sentenza 29 ottobre 1987, n. 343** sul potere attribuito al Tribunale di Sorveglianza di verificare e individuare la misura della pena residua da scontare nel caso di affidamento che abbia dato esito negativo[34].

Bisogna, tuttavia, riconoscere che talvolta il ruolo della Corte Costituzionale non si è limitato soltanto ad un'attività di promozione esegetica della legge, ma ha svolto una funzione chiaramente integrativa della norma, dando luogo in questo modo a decisioni che non è incauto definire "additive". Si tratta tuttavia di una funzione di integrazione in materia penale sempre rivolta ad un indirizzo interpretativo in *bonam partem* e, dunque, mai in conflitto con il principio di riserva di legge costituzionale e con la intangibilità dei diritti della persona[35].

CAPITOLO 3
I PROVVEDIMENTI DI NATURA FAVOREVOLE O PREMIALE

3.1. *Cenni generali sull'idea di trattamento e di differenziazione carceraria*

Elemento ispiratore della riforma penitenziaria, che, avviata dalla Legge 26 luglio 1975, n. 354, è stata, poi, perfezionata dai successivi interventi legislativi del 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. "Gozzini"), e del 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. "Simeone"), è il superamento dell'originario e centralizzato sistema punitivo.

Sino al 1975 la disciplina carceraria italiana, si è già detto, era prevista dal *Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena*, istituito con R.D. 18 giugno 1931, n. 787 [1]. In più di quarant'anni la popolazione dei reclusi aveva conosciuto radicali mutamenti, sia quantitativi che qualitativi. Questo indusse a un ripensamento dell'intero apparato detentivo.

Le ragioni che dettarono scelte di rinnovamento vanno individuate, pertanto, al di là della mera necessità di rendere effettiva quella funzione rieducativa che il comma 3, art. 27 Cost., affida alla pena. È necessario, infatti, per avere una visione complessiva delle ragioni che stanno alla base della riforma, soffermarsi, innanzitutto, sulla situazione in cui versavano le prigioni italiane nei primi anni settanta, quando inizia a farsi consistente il

fenomeno di sovraffollamento che ancora oggi interessa il pianeta carcere.

Il superato e monolitico modello penitenziario non offriva più adeguati strumenti per il controllo di "ospiti", che, oltre a vedere le loro fila ingrossarsi a dismisura, presentavano sempre più complesse difficoltà di "gestione"[2]. Si imponeva, pertanto, la necessità di diversificare il classico e uniforme metodo punitivo attraverso l'introduzione, da un lato, di una nuova *idea di trattamento*, e, dall'altro, di forme di *differenziazione carceraria*.

Il primo dei due principi-guida, attraverso cui si articola il nuovo percorso, propone un intervento specifico ai precipui "disagi" della persona da recuperare. Si parla, a tal proposito, di individualizzazione del trattamento – alla base della quale vi è l'osservazione della personalità del condannato – cui far ricorso per offrire, almeno in via formale, più adeguate risposte alle peculiari esigenze del singolo, ma che, nella realtà, costituisce essa stessa strumento per la creazione di un detenuto-individuo separato da altri detenuti-individui e, quindi, più agevolmente sottoponibile a controllo[3].

La specificità di tale intervento si concretizza, altresì, attraverso il ricorso alla differenziazione carceraria, realizzata con l'obiettivo di stare al passo con l'oramai variegato universo penitenziario, alla cui complessità concorrono eterogenee vicende. Se, da un lato, la diffusione del consumo di sostanze stupefacenti, collegata anche con il crescente disagio giovanile, rendeva, infatti, opportuna una particolare "presa in cura" di quei soggetti tossicodipendenti che, a partire dall'inizio degli anni ottanta, rappresenta una percentuale sempre più alta nell'ambito della popolazione dei detenuti, dall'altro, la legislazione d'emergenza di contrasto alla "lotta armata", inaugurata dalla Legge 22 maggio 1975, n. 152 (c.d. "Reale"), e copiosa negli anni immediatamente successivi, aveva imposto, invece, il ricorso alle carceri speciali. Al tempo stesso, il diffondersi di fenomeni migratori definiti "illegali" consegnava alle prigioni un numero sempre maggiore di soggetti privi di quella pericolosità che poteva, invece, caratterizzare il delinquente comune o, ancor di più, l'appartenente ad associazioni mafiose, generatrici di un altissimo allarme sociale negli ultimi decenni.

Accanto alla previsione di forme di espiazione da scontare al di fuori dei luoghi detentivi, il carcere fu, pertanto, differenziato sulla base di ragioni terapeutiche, di salute o maternità, e di pericolosità penitenziaria o

criminale. Le pene morbide avrebbero dovuto convivere con quelle dure, al fine di realizzare un più efficace controllo e, al tempo stesso, lo sfoltimento delle sovraffollate prigioni dalla presenza di quei soggetti neutralizzabili in altri modi. L'intervento penale sarà, allora, graduato attraverso differenti livelli, che abbracciano sia provvedimenti aventi natura premiale, e rappresentati, *in primis*, dalle misure alternative alla detenzione, che ipotesi di "sorveglianza particolare" e "carcere duro" [4].

3.2. *Le misure alternative alla detenzione ordinaria*

L'idea di trattamento individuale, su cui si fonda l'attuale sistema punitivo, trova la più ampia espressione nelle misure alternative alla detenzione, che costituiscono la novità della riforma penitenziaria introdotta dalla già citata Legge 26 luglio 1975, n. 354, in quanto offrono la possibilità di influire in maniera significativa sulle modalità di esecuzione della pena dopo che sia già intervenuta una sentenza definitiva di condanna. La disciplina ha, con il tempo, conosciuto ulteriori interventi diretti a modificarla e ampliarla. In particolare, la Legge 21 giugno 1985, n. 297, ha affiancato all'affidamento in prova al servizio sociale ordinario una specifica ipotesi per detenuti tossico o alcool-dipendenti; la Legge 10 ottobre 1986, n. 663, ha riformulato la materia e ha introdotto la detenzione domiciliare; la Legge 27 maggio 1998, n. 165, ha perfezionato ulteriormente la riforma, arricchendone la casistica; la Legge 12 luglio 1999, n. 231, contempla misure particolari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria; la Legge 8 marzo 2001, n. 40, estende la detenzione domiciliare alle madri condannate aventi prole non superiore a dieci anni; la Legge 19 dicembre 2002, n. 277, rende applicabile la liberazione anticipata anche all'affidato al servizio sociale.

La Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. "*ex* Cirielli"), ha apportato modifiche agli artt. 47-*ter* e 58-*quater* O.P.; introdotto nel nostro ordinamento gli artt. 50-*bis* O.P. e 94-*bis* D.P.R. n. 309/1990 (concessione, rispettivamente, della semilibertà e dei "benefici" di cui agli artt. 90 e 94 D.P.R. n. 309/1990 ai recidici); e sostituito il comma 9 dell'art. 656 c.p.p. Obiettivo della recente riforma è l'ampliamento dei limiti all'ammissione alla detenzione domiciliare, alla semilibertà, alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e all'affidamento in prova, ordinario e in casi particolari, nel cui novero sono, ora,

previste anche le ipotesi di ricaduta nel delitto non colposo[5]. In relazione a tali ipotesi, la Legge n. 251/2005 ridisegna, in generale, la disciplina della recidiva di cui all'art. 99 c.p., prevedendo sensibili aumenti di pena.

Ultima tappa, per ora, del lungo *iter* legislativo, che, inaugurato nel 1975, continua a scandire la riforma penitenziaria in generale, e l'evoluzione normativa dei provvedimenti aventi natura premiale in particolare, è rappresentata dalla Legge 21 febbraio 2006, n. 49. L'intervento in esame, comportante un irrigidimento in senso repressivo della disciplina degli stupefacenti, ha, infatti, apportato significative modifiche al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, interessanti, altresì, gli istituti della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per soggetti tossicodipendenti e dell'affidamento in prova *in casi particolari*.

Dalla Legge n. 49/2006 risulta abrogato l'art. 94-*bis*, D.P.R. n. 309/1990, a distanza di neanche tre mesi dalla sua introduzione a opera della Legge n. 251/2005.

Le misure alternative alla detenzione, essendo rivolte principalmente al singolo, rispondono a esigenze special-preventive; dalle intenzioni dichiarate dal legislatore del 1975, appare loro affidato il compito di dare attuazione, in particolare, all'aspetto positivo della prevenzione speciale, ossia a quella finalità di rieducazione che il comma 3, art. 27 Cost. attribuisce alla pena[6]. L'obiettivo principale delle misure in esame dovrebbe, pertanto, essere quello di garantire la risocializzazione del condannato (o, per lo meno, di preservare il medesimo dal pericolo di desocializzazione che potrebbe derivargli dal contatto con gli altri detenuti)[7], in linea con la previsione costituzionale.

In effetti, alla base di tali istituti si afferma, più che altro, il carattere premiale del nuovo modello disciplinare. Attraverso queste particolari modalità espiative è offerta al reo la possibilità di scontare la pena, o parte di essa, in un luogo diverso dal carcere, in cambio di un suo atteggiamento accondiscendente verso meno dure, anche se più sottili forme di controllo. Abbiamo in tal modo l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà e la liberazione anticipata, a seconda che il "premio" consista nell'opportunità di veder sostituita alla prigione la vigilanza dei servizi sociali o la reclusione in privata dimora, di poter impegnare le ore diurne in un'attività lavorativa esterna o di ricevere, infine, una detrazione sul *quantum* ancora da espiare.

È evidente come i benefici di cui sopra siano rivolti esclusivamente a quei soggetti nei cui confronti possano avere efficacia "pene morbide", in

quanto non ritenuti fonte di pericolo per la collettività; su di essi apparirà, quindi, sufficiente la sola "cura della mente" [8]. Potrebbe sorgere, allora, il dubbio che l'individualizzazione del trattamento caratterizzante le misure in esame svolga, nella pratica, un ruolo di neutralizzazione del singolo piuttosto che essere realmente funzionale al suo recupero. Il controllo si estende, di conseguenza, dai comuni luoghi detentivi sino ad abbracciare l'intero contesto sociale. Tali riflessioni ci inducono a ritenere le misure alternative alla detenzione cerniera tra carcere e territorio [9].

A seguito del recente intervento del legislatore del 2005, risulta, poi, ulteriormente ridimensionata la finalità rieducativa del reo, laddove questi ricada nel delitto, accentuandosi, così, la funzione eticizzante dello Stato, volta a far prevalere istanze general-preventive in luogo dell'aspetto positivo della prevenzione speciale.

Ma procediamo, adesso, a un approfondimento dei singoli istituti, concentrando la nostra attenzione, in via preliminare, sulle quattro citate misure ordinarie [10], per affrontare, poi, l'analisi delle ipotesi particolari.

3.2.1. *L'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 O.P.)*

A) *Evoluzione e natura della misura*. – L'affidamento in prova al servizio sociale [11] trae origine dal *probation system*, che nella tradizione giuridica

anglo-sassone assume natura giudiziale, in quanto ha come destinatario il giudice di cognizione, al quale viene attribuita la facoltà di sostituire, per taluni reati, alla sanzione detentiva una più morbida modalità espiativa, consistente nel controllo di un soggetto posto comunque in condizioni di libertà, e presentando, in tal modo, evidenti analogie con la sospensione condizionale della pena presente nel nostro sistema giuridico.

Attraverso l'art **47** della Legge n. 354/1975, che disciplina l'affidamento, è stata, invece, recepita dall'ordinamento italiano una diversa forma di ***probation***, quella **penitenziaria**, che presuppone una **sentenza definitiva di condanna** ed è, quindi, applicabile solo in fase esecutiva [12]. La finalità

principale dell'istituto in esame è quella di agevolare il reinserimento del condannato nel tessuto sociale attraverso l'espiazione di pene brevi all'infuori del carcere, sotto la vigilanza dei servizi sociali; limitando l'ingresso, o almeno la permanenza del reo in prigione, viene, di fatto, allontanata la temuta minaccia di desocializzazione che potrebbe derivargli da un prolungato contatto con altri detenuti.

L'originaria previsione normativa destò, comunque, numerose perplessità, legate soprattutto agli iniziali requisiti richiesti dalla legge per l'ammissione al beneficio. In particolare, il comma 2 dell'articolo citato negava tale opportunità agli autori dei delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro a scopo di rapina o di estorsione. Di qui ampie polemiche [13] sulla natura meramente propagandistica della misura in esame, la cui portata rieducativa veniva in questo modo ridimensionata. Tale comma è stato, in seguito, abrogato dall'intervento della Legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. "Gozzini") [14], che, assieme alla successiva Legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. "Simeone"), nonché alla Legge 19 dicembre 2002, n. 277, ha riscritto quasi interamente l'art. 47 O.P. All'evoluzione legislativa si è accompagnato un altrettanto complesso *iter* giurisprudenziale, soprattutto della Corte Costituzionale, che ha contribuito in maniera decisiva a riformularne la disciplina.

Quanto all'individuazione della **natura giuridica** dell'istituto, si è discusso in dottrina e in giurisprudenza se si tratti di una misura **alternativa** alla pena, oppure semplicemente **alla detenzione**. La sentenza della Corte Costituzionale 13 giugno 1985, n. 185 [15], ha rimarcato come l'affidamento in prova al servizio sociale consista pur sempre in una pena, le cui modalità espiative, differenti rispetto a quelle "offerte" dalla detenzione classica, rappresentano un'alternativa a questa. La minore afflittività che una punizione diversa dalla reclusione in carcere comporta non ne ridimensiona, tuttavia, il carattere sanzionatorio. L'esecuzione della pena consisterà, allora, in un **trattamento extramurario**, ossia al di fuori della struttura penitenziara, anziché, come avviene per le ipotesi ordinarie, intramurario.

B) *Presupposto oggettivo: il limite di pena*. – Primo presupposto, di carattere oggettivo, cui la normativa subordina la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, è l'esistenza di una condanna a una pena detentiva contenuta entro un **limite** tassativo, inizialmente fissato a due anni e sei mesi e successivamente innalzato, dalla Legge n. 663/1986, a **tre anni**. Ed è proprio in relazione al comma 1 dell'art. 47 O.P. che sono subito sorte difficoltà interpretative. Una lunga *querelle* dottrinaria e giurisprudenziale sul significato da attribuire all'aggettivo "inflitta" adoperato dal legislatore con riferimento alla pena, che neanche la Legge "Gozzini" è stata in grado di sciogliere, fornendo essa stessa una soluzione definitiva, si è protratta, infatti, per lungo tempo [16].

Dopo un iniziale atteggiamento della Corte di Cassazione [17] incline a un'interpretazione restrittiva, diretta a dare rilevanza alla sola originaria sentenza di condanna, non intaccata da successivi eventi modificativi, si consolidò un orientamento della Suprema Corte [18] volto a equiparare, invece, la **pena detentiva inflitta** a quella **da espiare in concreto**, ossia a quella risultante da detrazioni di eventuali parti di essa già scontate o estinte. Non mancarono, tuttavia, prevalentemente in dottrina [19], voci dissenzienti, giustificate, tra l'altro, dalla considerazione che la natura della misura, strettamente collegata alla bassa pericolosità sociale del soggetto interessato, sconsigliasse interpretazioni estensive, soprattutto a seguito dell'innalzamento a tre anni della soglia di punibilità, requisito per l'ammissione al beneficio.

Un passo decisivo verso una definizione della controversia fu compiuto dalla sentenza costituzionale 11 luglio 1989, n. 386 [20], che dichiarò l'illegittimità del comma 1 dell'art. 47 O.P., nella parte in cui, in relazione a una pluralità di reati, ai fini del computo totale per la definizione di quel limite oltre il quale osta l'applicazione dell'istituto in esame, non si teneva conto, in caso di pene cumulate o espiate senza soluzione di continuità, delle parti di esse già scontate o estinte.

Tale intervento sembrò, poi, trovare conferma nella tanto attesa quanto deludente interpretazione autentica, che, data con grande ritardo dal legislatore del 1992, lascia qualche dubbio a causa del suo tenore ambiguo. Da

essa, comunque, si evince che "*la disposizione del primo comma dell'art. 47 della Legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui indica i limiti che la pena inflitta non deve superare perché il condannato possa beneficiare dell'affidamento in prova al servizio sociale, va interpretata nel senso che deve trattarsi della pena da espiare in concreto, tenuto conto anche dell'applicazione di eventuali cause estintive*" [21].

Orientato in tal senso è, infine, l'art. 656 c.p.p., come riscritto dalla Legge n. 165/1998, che al comma 5, recentemente modificato dalla Legge n. 49/2006, dispone la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva quando questa, anche se costituente il residuo di una maggiore, non sia superiore a tre anni o sei nei casi di condannati tossico o alcool-dipendenti.

In conclusione, appare evidente come con la locuzione **pena detentiva inflitta** vada intesa **quella effettiva, da espiare in concreto, residua delle parti già scontate o per le quali siano intervenute cause estintive** (amnistia sopraggiunta, concessione di liberazione anticipata, ecc.), che ne abbiano, di fatto, ricondotto nei termini prescritti l'eventuale *quantum* superiore al limite triennale previsto dall'originaria condanna, e indipendentemente dal fatto che sia comminata con una o più sentenze o per uno o più reati. Può essere, pertanto, ammesso al beneficio anche il soggetto che, inizialmente condannato a una pena superiore ad anni tre, debba effettivamente scontare, per una delle summenzionate ragioni, una punizione di durata inferiore, contenuta entro i limiti di legge.

C) *Presupposto soggettivo: l'osservazione della personalità del condannato.* – Se, da un lato, finalità dell'affidamento in prova è un più rapido recupero del condannato, dall'altro, il legislatore ha altresì preso in considerazione la circostanza che l'eventuale ricaduta nel delitto del soggetto interessato possa costituire un pericolo per la "sicurezza" della collettività. Per tale motivo la concessione della misura è subordinata, dal comma 2 dell'art. 47 O.P., all'**osservazione della personalità del reo**.

Si tratta di un vero e proprio giudizio prognostico, relativo alle probabilità di successo dell'istituto in esame ai fini del superamento di quell'eventuale residua pericolosità sociale dell'affidando, da condurre **collegialmente** in istituto, e in maniera il più possibile **scientifica**, per un **periodo minimo** che da tre è stato ridotto a **un mese** dalla Legge n. 297/1985.

Era, dunque, inizialmente contemplata, dalla Legge n. 354/1975, la sola osservazione **intramuraria**, avente a oggetto l'esclusivo comportamento della persona detenuta. Le Leggi "Gozzini" e "Simeone" hanno a loro volta introdotto due ipotesi di osservazione **extramuraria**, riguardanti condotte tenute in **stato di libertà**, prima dal soggetto **reduce da custodia cautelare**

(Legge n. 663/1986), e successivamente anche dal soggetto, che, dopo la commissione del reato, non abbia **mai conosciuto la detenzione in carcere** (Legge n. 165/1998).

A seguito dell'entrata in vigore della Legge "Simeone" e della conseguente modifica del comma 3, art. 47 O.P., pertanto, "*l'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato comportamento tale da consentire*" il medesimo giudizio prognostico di cui al comma 2.

Dalla summenzionata evoluzione legislativa deriva un ampliamento della casistica in materia. Presupposto soggettivo per l'ammissione al beneficio è, adesso, l'osservazione della personalità avente a oggetto una condotta tenuta: per un mese in prigione (ipotesi intramuraria), oppure in libertà, da chi ha già scontato un periodo di custodia cautelare o anche da chi non è mai stato detenuto (ipotesi extramurarie).

I precedenti penali e giudiziari, al pari della gravità del reato commesso, non possono influire negativamente ai fini della concessione della misura, che dipenderà esclusivamente dai risultati di un giudizio eseguito sullo *status* attuale dell'interessato; tuttalpiù potranno essere utilizzati per la formulazione di tale giudizio o per l'individualizzazione del trattamento del reo. Non osteranno alla concessione dell'affidamento di un soggetto, inoltre, né la mancata "revisione critica" del proprio passato criminale, né il rifiuto di ammissione della propria colpevolezza. Quanto a quest'ultima circostanza, si tiene conto del fatto che non sussiste, per l'imputato, l'obbligo di dire il vero nel processo; anche se certa dottrina sostiene che l'ostinarsi a proclamare la propria innocenza, quando sia palesemente infondata, rappresenti elemento sintomatico di inaffidabilità[22].

Non vi sono, infine, dubbi nel ritenere che un'attività lavorativa stabile non costituisca presupposto inderogabile per l'applicazione dell'istituto in esame.

D) *Preclusioni (artt. 4-bis e 58-quater O.P.).* – La Legge n. 663/1986, come abbiamo visto in precedenza, abrogando il comma 2 dell'originario art. 47 O.P., ha eliminato una serie di limiti ostativi all'ammissione al beneficio rappresentati dai delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro a scopo di rapina o di estorsione. Tali limitazioni sono state in parte recuperate nell'ambito delle preclusioni per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale contenute nell'**art. 4-*bis* O.P.**, a seguito di modifiche introdotte da un lungo *iter* legislativo[23] il

cui ultimo atto è la **Legge 23 dicembre 2002**, **n. 279** ("Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della Legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario")[24], che ne ha riscritto il **comma 1**.

Dal nuovo dettato normativo si evince che gli autori dei reati ivi elencati, se detenuti o internati, possano usufruire, oltre che del lavoro all'esterno o dei permessi premio, anche delle misure alternative alla detenzione (e quindi dell'**affidamento**), esclusa la liberazione anticipata, soltanto **a condizione** che **collaborino con la giustizia**. I delitti interessati sono quelli "*commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza*" (art. **270-*bis*** c.p.); quelli di associazione di tipo mafioso (art. **416-*bis*** c.p.) o "commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste"; i delitti di riduzione in schiavitù (art. **600** c.p.), tratta e commercio di schiavi (art. **601** c.p.), alienazione e acquisto di schiavi (art. **602** c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. **630** c.p.), associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. **291-*quater*** D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. **74** D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

È richiesta, inoltre, nei confronti dei soggetti interessati cui è attribuito uno dei citati reati, al di là dell'attività collaborativa, la sussistenza di "*elementi tali da **escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva***". I suddetti benefici sono estensibili anche a coloro la cui "*limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia*"; o nei casi in cui tale collaborazione, pur se offerta, risulti comunque oggettivamente irrilevante, trattandosi di detenuti o internati nei confronti dei quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dagli artt. 62, n. 6 (l'aver riparato interamente il danno mediante il risarcimento di esso, che in questo caso può essere validamente eseguito anche dopo la sentenza di condanna), 114 (ruolo di minima importanza svolto nell'ambito del concorso di persone) o 116, comma 2, c.p. (reato diverso e più grave rispetto a quello voluto da taluno dei concorrenti).

Sempre nel comma 1 dell'art. 4-*bis* O.P. sono, poi, elencati una seconda categoria di reati che ostano alla concessione dei benefici di cui sopra, tra i quali l'affidamento, a meno che non risulti evidente **l'assenza** di "elementi tali da far ritenere la sussistenza **di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva**" del loro autore. Si tratta dei delitti di omi-

cidio (art. **575** c.p.) e delle ipotesi aggravate di rapina (art. **628, comma 3**, c.p.), estorsione (art. **628, comma 2**, c.p.), contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. **291-*ter***, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (comb. disp. artt. **73** e **80, comma 2**, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), nonché dell'associazione per delinquere (art. **416** c.p.) finalizzata alla commissione dei reati di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.) e immigrazione clandestina (art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

Il comma 1 dell'**art. 58-*quater* O.P.**, come riscritto dall'art. 7 della Legge 5 dicembre 2005, n. 251, nega, dal canto suo, la concessione dell'assegnazione al lavoro esterno, dei permessi premio, dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà al condannato autore del delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p.

Tale disposizione si applica, ai sensi del successivo comma 2, anche al soggetto nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa prevista dall'art. 47, comma 11, dall'art. 47-*ter*, comma 6, o dall'art. 51, comma 1.

La recente Legge n. 251/2005 ha, da ultimo, inserito, nell'art. 58-*quater* O.P., l'ulteriore comma 7-*bis*, il quale nega la concessione delle summenzionate misure alternative, per più di una volta, al condannato al quale sia stata applicata la recidiva (c.d. reiterata) di cui al comma 4, art. 99 c.p.

Il principio della finalità rieducativa della pena, contenuto nel comma 3, art. 27 Cost., cui dovrebbero essere ispirate le misure alternative alla detenzione, e quindi l'affidamento in prova al servizio sociale, risulta "quantomeno" affievolito dall'art. 4-*bis* O.P., soprattutto a seguito dell'intervento della Legge n. 279/2002, che ha ampliato i limiti all'applicabilità dell'istituto in esame. Nel nostro caso, d'altra parte, l'obiettivo principale del legislatore sembra quello di favorire la diffusione di pratiche quali il "pentitismo" o la "dissociazione", anziché la risocializzazione del reo, subordinando, per taluni reati, l'ammissione ai "benefici" di cui sopra a un'attività di collaborazione con la giustizia.

E) *Procedura di ammissione e contenuto della misura*. – Abbiamo già visto come all'affidamento in prova al servizio sociale possa essere ammessa sia persona **detenuta** che **libera**. Nella *prima ipotesi*, ai sensi dell'art. 57 O.P., la misura in esame può essere concessa o su richiesta del condannato, dell'internato o dei loro prossimi congiunti, oppure su proposta del consiglio di disciplina. Valgono le regole generali in materia di competenza: l'organo cui inoltrare la relativa istanza è il **Tribunale** o il **Magistrato di Sorveglianza aventi giurisdizione sull'istituto di prevenzione o di pena** in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta o della proposta o all'inizio d'ufficio del

procedimento (art. 71, comma 3, O.P.). Nella pratica è sufficiente presentare tale istanza al direttore del carcere.

Nella *seconda ipotesi*, invece, non essendo stato il soggetto sottoposto a osservazione della personalità intramuraria, in quanto versante in stato di libertà, verrebbe meno, a giudizio di certa dottrina[25] che interpreta il silenzio legislativo, la possibilità che la proposta di affidamento possa provenire anche dal consiglio di disciplina. Ai fini dell'individuazione dei criteri in tema di competenza si tiene conto, in caso di reo non detenuto o internato, degli artt. 71, comma 4, O.P. e 677, comma 2, c.p.p., che indicano quali competenti il **Tribunale** o il **Magistrato di Sorveglianza aventi giurisdizione nel luogo in cui l'interessato ha la residenza o il domicilio** ovvero, in subordine, **in cui fu pronunciata la sentenza** di condanna, di proscioglimento o di non luogo a procedere, o quella divenuta irrevocabile per ultima, nel caso di più sentenze.

La **procedura** risulta rielaborata a seguito della riforma del 1998. La novità apportata dalla Legge Simeone riguarda innanzitutto la modifica del **comma 4**, art. **47** O.P., applicabile alla *prima ipotesi*, che attribuisce al Magistrato di Sorveglianza la facoltà di sospendere la pena e ordinare la liberazione del condannato nel caso in cui l'istanza di affidamento sia proposta dopo che l'esecuzione abbia già avuto inizio. Tale potestà è subordinata, però, alle seguenti condizioni: concrete indicazioni in relazione alla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura; grave pregiudizio collegato al protrarsi dello stato detentivo; assenza del pericolo di fuga. Il Magistrato di Sorveglianza trasmette immediatamente gli atti al Tribunale di Sorveglianza, che **decide** entro **quarantacinque giorni**. Sino ad allora la pena rimane sospesa e riprenderà l'esecuzione se l'istanza non viene accolta, nel qual caso non potrà essere accordata altra sospensione.

Sussistendo la *seconda ipotesi*, si ricorre al **comma 5**, art. **656** c.p.p., come riscritto dalle Leggi n. 165/1998 e n. 49/2006, ai cui sensi, se la pena detentiva è contenuta entro i limiti prescritti dalla legge, **il pubblico ministero ne sospende l'esecuzione**, dandone notifica al condannato o al suo difensore, con l'avviso che entro **trenta giorni** può essere presentata **istanza** per l'ammissione al "beneficio" e che se tale istanza, con le richieste documentazioni, non sarà presentata, l'esecuzione della pena avrà corso immediato.

Una *terza ipotesi* si configura qualora si tratti di persona agli **arresti domiciliari**[26], nei cui confronti troverà applicazione il **comma 10** dell'art. **656**

c.p.p., come modificato dalla Legge n. 4/2001, laddove si fa esplicito riferimento, non più soltanto alla detenzione domiciliare, ma anche alle altre misure alternative di cui al precedente comma 5. In tal caso, la norma prevede la **sospensione dell'esecuzione** dell'ordine di **carcerazione** e la trasmissione immediata, da parte del pubblico ministero, degli atti al Tribunale di Sorveglianza affinché disponga l'eventuale concessione dell'affidamento; sino alla decisione il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il corrispondente tempo trascorso è da considerare come pena espiata.

Disposta la misura, nel relativo verbale saranno indicate le **prescrizioni** cui il soggetto dovrà attenersi in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali e al lavoro (art. 47, comma 5, O.P.). Nel medesimo provvedimento potranno essere, inoltre, inserite ulteriori limitazioni cui il condannato dovrà essere sottoposto durante il periodo di messa alla prova: gli potrà essere impedito, a esempio, il soggiorno in uno o più comuni, lo svolgimento di determinate attività, l'intrattenimento di relazioni personali che potrebbero indurlo nuovamente a delinquere, o essere imposto il soggiorno in un comune determinato (art. 47, comma 6, O.P.).

È prevista anche la possibilità che all'affidato venga richiesto di adoperarsi in favore della vittima del proprio reato o di adempiere gli obblighi di assistenza familiare. Le summenzionate prescrizioni sono suscettibili, tuttavia, di eventuali modifiche da parte del Magistrato di Sorveglianza nel corso dell'affidamento (art. 47, commi 7 e 8, O.P.). Da tali limitazioni emerge palese la natura comunque afflittiva dell'istituto in esame.

F) *Il ruolo del servizio sociale (UEPE) e gli esiti dell'affidamento.* – I commi 9 e 10 dell'art. 47 O.P. attribuiscono al **servizio sociale** (UEPE), ai fini dell'adempimento delle prescrizioni imposte dalla norma e, più in generale, del regolare svolgimento del periodo di prova, una funzione di **controllo**, concretantesi nel compito di vigilare sulla condotta del soggetto e di riferire periodicamente al Magistrato di Sorveglianza sul suo comportamento, nonché nella facoltà di porsi in relazione con la famiglia o con gli altri ambienti di vita dell'affidato, con il proposito di favorirne l'adattamento alla società.

La misura in esame può conoscere duplice soluzione. Può concludersi con **esito negativo**, qualora il **comportamento** dell'interessato, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, sia **incompatibile con la prosecuzione della prova**: in tal caso l'affidamento sarà **revocato** (art. 47, comma 11, O.P.) e il Tribunale di Sorveglianza definirà il *quantum* di residua pena detentiva da espiare.

Quest'ultima disposizione, assente nel dettato normativo, è il risultato di un *iter* della giurisprudenza costituzionale. Dapprima la Corte, attraver-

so due interventi del 1985, aveva, infatti, dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 3, 13 e 27 Cost., l'art. 47 O.P. nella parte in cui non è accordata validità, ai fini dell'espiazione della pena, al periodo di affidamento già trascorso, sia nel caso in cui il provvedimento di ammissione fosse in seguito annullato[27], sia nel caso in cui fosse revocato per motivi indipendenti dall'esito negativo della prova[28].

Successivamente la Consulta, con sentenza n. 343/1987[29], si è pronunciata sull'incostituzionalità del comma 11 del medesimo articolo, sempre per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui non attribuisce al Tribunale di Sorveglianza, in caso di revoca della misura per comportamento incompatibile con la prosecuzione della stessa, la facoltà di determinare la residua pena da espiare, "tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato" e del suo comportamento durante il tempo trascorso in affidamento.

L'**esito positivo** del periodo di prova estingue, invece, la pena detentiva e ogni altro effetto penale (art. 47, comma 12, O.P.); a tali fini non è sufficiente, tuttavia, il semplice decorso temporale, ma necessita, comunque, un'ulteriore pronuncia del Tribunale di Sorveglianza sull'avvenuta rieducazione del reo, adottata sulla base di un bilancio complessivo dell'andamento della misura, con uno sguardo, innanzitutto, ai risultati della relazione finale del servizio sociale.

E secondo giurisprudenza di Cassazione[30] anche "*comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito*" saranno suscettibili di quella valutazione da cui dipenderà l'eventuale declaratoria di estinzione della pena.

In ogni caso, l'esito positivo dell'affidamento non comporterà anche la cancellazione dell'iscrizione della condanna dal casellario giudiziale, di cui la Cassazione[31] esclude la natura di effetto penale della decisione, "*trattandosi di atto che persegue finalità informative ma non sanzionatorie*".

A seguito dell'ampliamento della portata normativa del comma 12, art. 47 O.P., a opera della Legge n. 49/2006, il Tribunale di Sorveglianza, qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può dichiarare estinta anche la pena pecuniaria non ancora riscossa.

G) *Legge 19 dicembre 2002, n. 277.* – Un'interessante novità è stata introdotta dall'art. 3 della Legge n. 277/2002[32], che, attraverso l'inserimento nell'art. 47 dell'ulteriore comma 12-*bis*, ha permesso l'**applicabilità della liberazione anticipata** anche all'**affidato al servizio sociale**, rendendo così cumulabili le due misure alternative alla detenzione. L'introduzione di tale regime di cumulo, realizzata non senza polemiche, pone problematiche in caso di revoca dell'affidamento[33].

H) *Le problematiche relative all'affidamento in prova per i reati dei c.d. "colletti bianchi".* – Si è discusso in dottrina e in giurisprudenza circa l'ammissibilità dell'**affidamento** nel caso dei reati commessi dai c.d. "**colletti bianchi**" (si definiscono, così, le forme di "criminalità economica" poste in essere da soggetti integrati nel sistema, quali banchieri, imprenditori, politici, ecc.). La problematica ha acquistato rilevanza a seguito dell'esplosione di quel fenomeno sociale e giudiziario diffusosi con il nome di "tangentopoli".

Da un lato, ci si interroga come possa la misura in esame, la cui finalità dovrebbe essere la risocializzazione del condannato, avere esito positivo nei confronti di persone le quali, non provenendo da condizioni di emarginazione socio-economica, non hanno mai vissuto processi di desocializzazione; dall'altro, la moderna dottrina muove, invece, dalla considerazione secondo cui, proprio perché trattasi di individui non indotti al delitto da incombenti necessità, né tantomeno da condizionamenti legati all'emarginazione sociale, è da rilevare nei loro confronti una pericolosità sociale più elevata; l'affidamento, in questi casi, servirebbe a fronteggiare, dunque, una più accentuata e subdola forma di devianza[34].

Anche in giurisprudenza medesimi presupposti servono a giustificare differenti conclusioni. Acclarato che una condanna inflitta per un reato da "colletto bianco" non costituisce di per sé preclusione per la concessione della misura, il Tribunale di Sorveglianza ha in genere ritenuto, però, non sufficienti, nei confronti di tali soggetti "iperintegrati" nel sistema, le ordinarie condizioni per l'ammissione al beneficio di norma richieste, ma ha preteso da costoro un *quid pluris* consistente in un'autentica "**revisione cri-**

tica" del proprio passato delittuoso. L'affidamento fu, a esempio, negato a un condannato eccellente, che, pur avendo tenuto una condotta carceraria esemplare e partecipato proficuamente all'attività di risocializzazione, aveva omesso un'esplicita presa di distanza dal proprio passato criminale e aveva solo parzialmente risarcito il danno da lui causato[35].

Decisione su cui si è espressa, successivamente, e con diverso orientamento interpretativo, la Cassazione[36], la quale, partendo dalla considerazione che ogni reato è espressione di disagio e disadattamento, indipendentemente dalle condizioni personali dell'autore, ha annullato l'ordinanza che respingeva la richiesta del beneficio, sulla scorta della riflessione che proprio la mancata "revisione critica" del passato sia indice di pericolosità sociale e presupposto, quindi, per l'applicazione della misura in esame.

A opposte conclusioni è giunta, invece, la stessa Corte di Cassazione, quando ha confermato una precedente ordinanza del Tribunale di Sorveglianza che negava l'affidamento nei confronti di un magistrato, con la motivazione che non è sufficiente, ai fini del ravvedimento, "*la mera disponibilità a svolgere un'attività impiegatizia, sia pure gratuita ed a favore di un'istituzione religiosa*", ma questo "*deve possibilmente essere apprezzato, più che sulla base di esteriori e verbali manifestazioni di 'pentimento' o di autogiustificazione soggette a inevitabili condizionamenti psicologici, in rapporto a comportamenti concreti idonei a rivelare l'evoluzione positiva della personalità*"[37].

I) *Ipotesi particolari di affidamento*. – Dell'**affidamento in prova *in casi particolari***, per detenuti tossico o alcooldipendenti, trattandosi di un'ipotesi autonoma rispetto a quella ordinaria, ci occuperemo nella parte dedicata alla differenziazione per ragioni terapeutiche.

Con Legge 29 aprile 1983, n. 167, è stato esteso l'**affidamento in prova** anche nei confronti del **condannato militare**[38]. Ne è presupposto l'esistenza di una condanna inflitta dall'**Autorità giudiziaria militare** a una pena detentiva non superiore ai tre anni. Dal dettato del comma 1 della citata legge si evincono due ipotesi: quella del soggetto che ha ancora obblighi di servizio militare, che sarà pertanto affidato, fuori dallo stabilimento militare di pena, a un comando o ente militare; e quella del soggetto posto in

congedo, che sarà, invece, affidato al servizio sociale di cui all'art. 47 O.P. (a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 54/1995 rientrano in questa seconda categoria anche i condannati per reati militari originati da obiezione di coscienza).

3.2.2. *La detenzione domiciliare (art. 47-*ter *O.P.)*

A) *Evoluzione e natura della misura*. – Estranea all'originaria previsione del legislatore del 1975, la **detenzione domiciliare**[39] è stata affiancata alle altre misure alternative dalla Legge 10 ottobre 1986, n. 663 ("Gozzini"),

attraverso l'introduzione nell'ordinamento penitenziario dell'art. **47-*ter***. Necessitava, infatti, anche in fase esecutiva, la presenza di un istituto analogo a quello degli arresti domiciliari previsto in fase di cognizione (e disciplinato nell'attuale codice di procedura penale dall'art. 284), per scongiurare gli effetti desocializzanti del carcere, soprattutto nei confronti di chi, provenendo da uno stato di custodia cautelare in privata dimora o in luogo di cura, con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna sarebbe, poi, sottoposto a una più dura forma di privazione della libertà.

La disciplina ha conosciuto, quindi, successivi interventi (D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in Legge 12 luglio 1991, n. 203; D.L. 14 giugno 1993, n. 187, conv. in Legge 12 agosto 1993, n. 296; D.L. 24 novembre 2000, n. 341, conv. in Legge 19 gennaio 2001, n. 4; Legge 5 dicembre 2005, n. 251), tra i quali il più significativo è rappresentato indubbiamente dalla Legge 27 maggio 1998, n. 165 ("Simeone"), che ha apportato ampie modifiche all'articolo in esame.

Da tale evoluzione legislativa consegue un ampliamento della casistica

in materia. L'istituto, pertanto, consente al condannato l'**espiazione della pena** della reclusione, non superiore ai limiti prescritti dalla norma, nonché dell'arresto, nella **propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza**, non soltanto quando sussistano motivi di famiglia, salute o studio (detenzione domiciliare "**ordinaria**", art. 47-*ter*, commi 1 e 1.1, O.P.), ma anche nei casi in cui, indipendentemente da tali motivi e non ricorrendo i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale, si vuole comunque preservare il soggetto dagli effetti desocializzanti del carcere (detenzione "**biennale**", comma 1-*bis*), oppure nei casi in cui potrebbe, ai sensi degli articoli 146 e 147 c.p., essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena (detenzione "**umanitaria**", comma 1-*ter*).

Le Leggi 12 luglio 1999, n. 231, e 8 marzo 2001, n. 40, hanno quindi introdotto nell'ordinamento, attraverso, rispettivamente, gli artt. **47-*quater*** e **47-*quinquies***, due nuove ipotesi di detenzione domiciliare: quella per soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (di cui tratteremo nella parte dedicata alla differenziazione per ragioni terapeutiche) e quella, definita "**speciale**", per madri detenute con prole non superiore ad anni dieci, ove non ricorrano le condizioni per l'applicabilità dell'art. 47-*ter*.

L'art. 7 della Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. "*ex* Cirielli"), ha, infine, ampliato la casistica della misura in esame, prevedendo, all'art. 47-*ter* comma 01, una detenzione "**per motivi di età**", di cui possono usufruire, senza limiti di pena, con esclusione per alcuni reati elencati dalla norma, i soggetti che abbiano compiuto i settanta anni, qualora non siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza ovvero recidivi.

E sempre in relazione all'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p., il legislatore del 2005 ha introdotto, attraverso le modifiche dei commi 1 e 1-*bis* O.P., ulteriori limiti all'ammissione al "beneficio".

La detenzione domiciliare, pur offrendo maggiori possibilità a soggetti incompatibili con il carcere per motivi di salute o famiglia, rappresenta, tuttavia, la soluzione più utilizzata per far fronte al sovraffollamento delle prigioni. In particolare, il legislatore, proprio attraverso l'istituto in esame, soprattutto a seguito delle nuove ipotesi introdotte dall'intervento del 1998 (e, in particolare, della summenzionata detenzione "biennale"), sembra privilegiare le esigenze di deflazione carceraria rispetto a quelle di risocializzazione del condannato [40]. Risultato di tali priorità è la configurazione di una misura, che, consistendo pur sempre in una forma di privazione della libertà personale, anche se in privata dimora o luogo di cura, cui non si ac-

compagna neanche la predisposizione di un percorso volto alla rieducazione del reo, è connotata, pertanto, da una rilevante carica afflittiva, superiore a quella caratterizzante l'affidamento [41]. Ci troviamo, allora, di fronte a una nuova modalità di esecuzione della pena detentiva, anziché a una vera e propria alternativa a essa [42].

B) *La detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter, commi 1 e 1.1, O.P.).* – La prima ipotesi di detenzione domiciliare, contemplata dal **comma 1, art. 47-*ter*** O.P., ha per destinatari soggetti, appartenenti a una delle categorie tassativamente previste dalla norma, che abbiano da scontare una **pena**, o parte residua di essa, non superiore ai **quattro anni**. Qualora trattasi, tuttavia, di persona condannata con l'aggravante di cui al comma 4, art. 99 c.p., il suddetto limite di pena è ridotto, ai sensi del comma 1.1, introdotto nell'articolo in esame della Legge n. 251/2005, a **tre anni**, ponendosi quale deroga fondata sulla qualifica di recidivo. La disciplina si applica ai casi seguenti.

1) Donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente. È da premettere, in primo luogo, che con il termine "prole" va intesa sia la filiazione naturale che quella adottiva. Appare evidente che oggetto delle attenzioni legislative siano, innanzitutto, i minori, il cui limite di età ai fini della concessione della misura, originariamente fissato a tre anni, è stato successivamente innalzato, dapprima, a cinque (con il decreto legge n. 187/1993, conv. in Legge n. 296/1993), e, quindi, ulteriormente a dieci anni (con Legge n. 165/1998).

Il Tribunale di Sorveglianza di Bari, con ordinanza del 23 dicembre 2002, ha, poi, sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art 47-*ter*, comma 1, perché in contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'ammissione al "beneficio" anche nei confronti della madre di figlio, con lei convivente, versante in condizioni di grave invalidità.

La **Corte Costituzionale**, con sentenza **5 dicembre 2003**, **n. 350** [43], ha accolto tali eccezioni, ritenendo che vada escluso ogni rigido automatismo nell'applicazione della detenzione domiciliare, essendo sufficiente il presupposto che la condanna non sia intervenuta per uno dei delitti di cui all'art 4-*bis* O.P. ed essendo state comunque predisposte ipotesi di revoca. E il graduale ampliamento dei requisiti di accesso alla misura, che ha condot-

to all'esistenza di una sempre più vasta pluralità di ipotesi, eterogenee tra loro, conforta tali considerazioni.

Alla **prole di età inferiore ad anni dieci** sono, pertanto, da **equiparare**, a giudizio della giurisprudenza costituzionale, **i figli portatori di handicap totalmente invalidante di qualsiasi età**, sulla scorta della riflessione che questi ultimi necessitano di un'assistenza psico-fisica, da parte della madre condannata, addirittura superiore a quella richiesta dai minori di anni dieci, che, almeno dal punto di vista fisico, conservano un certo margine di autosufficienza.

2) Padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. L'esigenza di riaffermare, da un lato, il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e di garantire, dall'altro, la tutela dei minori, indussero la Corte Costituzionale, con sentenza 13 aprile 1990, n. 215[44], a dichiarare illegittimo l'art. 47-*ter*, comma 1, n. 1, nella parte in cui non era prevista, in caso di decesso o impedimento della madre, la concessione della detenzione domiciliare nei confronti del condannato padre, di cui si sottolineava l'idoneità a prestare (anch'egli) la dovuta assistenza materiale e morale alla prole.

Tale decisione è stata, quindi, recepita, a livello normativo, dalla Legge "Simeone". Tra le condizioni imposte per l'ammissione al "beneficio", è richiesto, innanzitutto, l'esercizio della *patria potestas*; quanto alla valutazione circa la sussistenza dell'**assoluto impedimento** della madre, affidata alla discrezionalità del Tribunale di Sorveglianza, rigidi criteri sono predisposti a tal fine.

Con riferimento alla citata sentenza della Corte n. 350/2003, infine, riguardando la dichiarazione d'incostituzionalità sia la lettera a) che la b) del comma in esame, anche in questo caso i figli portatori di handicap totalmente invalidante sono da equiparare a quelli di età inferiore ai dieci anni.

3) Persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali. Tale punto presenta analogie con l'art. 147, n. 2, c.p., che disciplina il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena nei confronti di chi si trovi in condizioni di grave infermità fisica. I tentativi di definire l'ambito di applicabilità di ciascuna norma hanno perso, poi, rilievo a seguito dell'introduzione, nell'art. 47-*ter* O.P. – a opera della Legge n. 165/1998 – del comma 1-*ter*, che attribuisce al Tribunale di Sorveglianza la facoltà di disporre la detenzione domiciliare in luogo del rinvio obbligatorio o facoltativo ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

Per condizioni di salute particolarmente gravi è da intendersi uno **stato patologico psichico o fisico** (sono da prendere in considerazione, infatti, anche i disturbi mentali), che rende il soggetto incompatibile con il regime carcerario, non rilevando, tuttavia, tale situazione in sé, ma occorrendo che la malattia richieda anche costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.

E la Corte Costituzionale, con sentenza 19 novembre 1991, n. 414 [45], ha ritenuto illegittimo l'art 47-*ter* laddove non estende la concessione del "beneficio" al recluso militare che presenta le gravi condizioni di salute richieste dalla norma [46].

La Legge 12 luglio 1999, n. 231, attraverso l'art. 47-*quater* O.P., ha sciolto ogni eventuale dubbio circa l'applicabilità della misura in esame anche ai condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria.

4) Persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente. Finalità di natura umanitaria sembrano aver suggerito la previsione della detenzione domiciliare nei confronti dei soggetti ultrasessantenni, versanti in uno stato di decadenza psico-fisica; anche se riteniamo la scelta legislativa indirizzata più allo sfoltimento delle carceri dall'inutile presenza di soggetti, stimati per le proprie condizioni personali oramai non pericolosi e quindi sottoponibili a una forma di controllo più morbida ma ugualmente efficace, che all'attuazione del principio costituzionale di umanità della pena di cui all'art. 27, comma 3.

5) Persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia. Il limite di anni ventuno va considerato in relazione al momento in cui è presentata l'istanza di ammissione al "beneficio". Nel caso in cui il suddetto limite di età sia superato dopo tale ammissione, l'interpretazione *favor rei* della dottrina [47] ritiene, tuttavia, ancora sussistente il requisito. È inoltre sufficiente l'esistenza di una sola delle esigenze di salute, studio, lavoro e famiglia. In assenza di una disposizione più dettagliata, ampi margini di discrezionalità sono attribuiti al Tribunale di Sorveglianza.

C) *La detenzione domiciliare "generica" o "biennale" (art. 47-ter, comma 1-bis, O.P.).* – È indubbio che tale ipotesi sia totalmente priva di ogni valenza rieducativa. L'introduzione nell'art. **47-*ter*** O.P. del **comma 1-*bis***, a

opera della Legge n. 165/1998, rappresenta, infatti, l'ennesimo tentativo di ovviare alla cronica emergenza del sovraffollamento carcerario.

Di qui la detenzione domiciliare "**generica**", definita anche "**biennale**", in quanto per la sua concessione si richiede, innanzitutto, una **pena** detentiva, o parte residua di essa, non superiore ai **due anni**. Si prescinde, pertanto, dalle condizioni imposte dal comma 1 e occorre anche l'assenza dei presupposti per l'affidamento, che, presentando una minore carica afflittiva e garantendo pur sempre l'assistenza dei servizi sociali, costituisce, in caso di sussistenza dei relativi requisiti, la soluzione preferibile; a meno che l'interessato, nonostante la condanna breve, sia comunque gravato da prognosi di pericolosità sociale elevata, per fronteggiare la quale, anche alla giurisprudenza di sorveglianza[48], appare più adeguata la detenzione domiciliare.

La misura in esame deve essere, inoltre, idonea a **evitare la commissione di altri reati**. Ne è esclusa l'applicabilità ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* O.P.; si vuole, in tal modo, ulteriormente rimarcare una preclusione già sancita a livello generale nel medesimo articolo, come abbiamo in precedenza visto.

A seguito della modifica del comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter* O.P., a opera della Legge n. 251/2005, l'inammissibilità al "beneficio" in esame è estesa, altresì, ai recidivi sottoposti ad aumento di pena ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.

D) *La detenzione domiciliare "umanitaria" (art. 47-ter, comma 1-ter, O.P.)*. – La Legge n. 165/1998 ha previsto, attraverso il comma **1-*ter***, art. **47-*ter*** O.P., una terza ipotesi di detenzione domiciliare, definita "**umanitaria**", in quanto in essa trova attuazione, a giudizio della dottrina dominante, il principio secondo cui "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*", sancito nella prima parte del comma 3, art. 27 Cost.

La norma attribuisce al Tribunale di Sorveglianza la facoltà di disporre la misura in esame **in luogo del rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena** ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., **in deroga** ai presupposti di ordine generale per l'ammissione al "beneficio", primo tra tutti il **limite edittale di quattro anni** previsto per l'ipotesi ordinaria.

Attraverso la concessione di tale potere discrezionale al Tribunale di Sorveglianza, il quale definisce anche il termine di durata della detenzione domiciliare, eventualmente prorogabile, viene riaffermato il principio dell'indefettibilità dell'esecuzione della sentenza di condanna, cui si darà così

attuazione; il rinvio alla stregua degli artt. 146 e 147 c.p. rappresenta, pertanto, un'eccezione a tale principio e, a seguito dell'intervento del legislatore del '98, acquista valenza residuale. Allo scadere del termine finale della misura e in assenza di proroga del Tribunale, il pubblico ministero dovrà emettere l'ordine di carcerazione.

Anche in questo caso non possiamo esimerci dall'osservare come dietro tale opzione legislativa si nasconda, in effetti, la non secondaria valutazione dell'inutilità di una più dura forma di controllo, qual è il carcere, nei confronti di soggetti, che per condizioni fisiche o personali non destano particolare allarme sociale e sono agevolmente neutralizzabili anche in privata dimora o luogo di cura (gli artt. 146 e 147 c.p. hanno, infatti, a oggetto, da un lato, donna incinta, madre di infante inferiore ad anni uno, persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria e, dall'altro, persona versante in condizioni di grave infermità fisica e madre di prole inferiore a tre anni).

Per tutte le ipotesi di detenzione domiciliare operano, infine, i medesimi divieti di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*quater* esaminati a proposito dell'affidamento in prova.

E) *La detenzione domiciliare "per motivi di età" (art. 47-ter, comma 01).* – La Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. "*ex* Cirielli"), ha, recentemente, introdotto un'ulteriore ipotesi di detenzione domiciliare, usufruibile in luogo della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I (delitti contro la personalità individuale), e dagli articoli 609-*bis* (violenza sessuale), 609-*quater* (atti sessuali con minorenne) e 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo) c.p., dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. e dall'art. 4-*bis* O.P., quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della sanzione, o dopo l'inizio della medesima, abbia compiuto i **settant'anni di età**, purché, tuttavia, non sia stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero recidiva.

Il legislatore del 2005, nell'eliminare ogni limite di pena all'ammissibilità al "beneficio" in esame nei confronti di persone ultrasettantenni, ha, comunque, mantenuto fermo il divieto della concessione della misura nel caso di persona condannata con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p.

F) *Procedura di ammissione e contenuto della misura.* – L'istanza di ammissione deve essere presentata dal condannato o da un suo prossimo congiunto, ai sensi dell'art. 57 O.P. (nonostante qui sia assente un esplicito riferimento anche all'art. 47-*ter*). La riforma del 1998 ha ridisegnato la procedura per conseguire la misura, che può essere concessa a persona **libera**, agli **arresti domiciliari**, o **detenuta**.

Nella *prima ipotesi* la norma di riferimento è, come per l'affidamento, il

comma 5, art. **656** c.p.p., sostituito dalle Leggi n. 165/1998 e n. 49/2006, che attribuisce al pubblico ministero il compito di emettere e, al tempo stesso, sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva quando questa, anche se costituente il residuo di una maggiore, non sia superiore ad anni tre o sei nei casi di soggetti tossico o alcooldipendenti. Di tali atti deve essere data **notifica** al condannato o al suo difensore, con l'avviso che entro **trenta giorni** può essere presentata **istanza** per l'ammissione al "beneficio" e che se tale istanza, con le richieste documentazioni, non sarà presentata, si darà inizio alla fase esecutiva.

La novellata normativa ha sicuramente il merito di rendere esplicito il riferimento alla pena da espiare in concreto e di garantire all'interessato la conoscenza degli atti anteriormente all'esecuzione, così da permettergli la tempestiva richiesta della misura alternativa; ma ha, al tempo stesso, il gravissimo demerito di non prevedere un innalzamento della soglia di punibilità a quattro anni anche per la detenzione domiciliare, con la nefasta conseguenza di impedirne l'accesso, dallo stato di libertà, a persona con condanna superiore ai tre anni, nei cui confronti sarà necessario il ricorso all'art. 47-*ter*, comma 1-*quater*, O.P., regolante, come più avanti vedremo, la procedura per persona detenuta.

La *seconda ipotesi*, introdotta dalla Legge n. 165/1998, riguarda l'individuo che si trovi agli **arresti domiciliari** per il fatto oggetto della condanna da eseguire, quando questa sia contenuta entro il limite di tre anni o sei per i soggetti tossico o alcooldipendenti. Sussistendo tali condizioni, ai sensi del **comma 10**, art. **656** c.p.p., il pubblico ministero **sospende l'esecuzione** dell'ordine di **carcerazione** e trasmette senza indugio gli atti al Tribunale di Sorveglianza affinché disponga l'eventuale applicazione di una delle misure alternative; sino alla decisione il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il corrispondente tempo trascorso è da considerare come pena espiata. È inoltre stabilito che agli adempimenti relativi all'istituto in esame provveda il Magistrato di Sorveglianza.

Essendo la pronuncia adottata prescindendo da ogni formalità il procedimento atipico di cui trattasi viene definito *de plano*.

Quanto alla *terza ipotesi*, sussistente qualora l'istanza di applicazione della detenzione domiciliare sia proposta **dopo** che ha già avuto **inizio l'esecuzione** della pena, la disciplina è dettata dal comma 1-*quater*, introdotto nell'art. 47-*ter* O.P. dalla Legge n. 165/1998, che attribuisce al Magistrato di Sorveglianza, cui va rivolta la domanda, la facoltà di disporre l'**applicazione provvisoria** della misura, quando ricorrono i requisiti di cui ai commi 1 e 1-*bis*. Ulteriori presupposti, quali l'esistenza del *fumus boni iuris* e del grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, nonché l'assenza del pericolo di fuga, sono indicati dal **comma 4**, art. **47** O.P., cui si rinvia per una più completa definizione della procedura. Con-

cesso provvisoriamente il "beneficio", il Magistrato deve trasmettere immediatamente gli atti al **Tribunale di Sorveglianza**, che **decide** entro **quarantacinque giorni**; in caso di valutazione negativa, l'espiazione della condanna riprenderà in carcere.

La giurisprudenza di Cassazione[49] ha ritenuto che l'istanza di detenzione domiciliare, proposta in udienza in subordine a quella di affidamento in prova, non sia inammissibile per tardività della richiesta, "*atteso che, verificata la sussistenza delle condizioni di legge, il presupposto connesso alla formulazione di una prognosi positiva è comune alle due misure e non comporta un autonomo accertamento*".

Disposta l'applicazione dell'istituto in esame, il Tribunale di Sorveglianza ne definisce le modalità ai sensi dell'art. 284 c.p.p., che impone all'interessato, da un lato, il **divieto** di **allontanarsi** dalla **privata dimora** o **luogo di cura**, **assistenza** o **accoglienza**, a meno che non sia dallo stesso giudice autorizzato ad assentarsi durante il tempo strettamente necessario per esercitare un'attività lavorativa o comunque provvedere alle proprie esigenze di vita, quando non possa altrimenti provvedervi o versi in situazione di assoluta indigenza, e, dall'altro, eventuali **limiti** o **divieti** alla sua facoltà di **comunicare** con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che l'assistono. Sono, altresì, previste disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Le prescrizioni sono suscettibili di successiva modifica da parte del Magistrato di Sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare (art. 47-*ter*, comma 4, O.P.).

Il condannato ammesso al "beneficio" è sottratto al regime penitenziario; in tal caso, nessun onere di mantenimento, cura e assistenza medica grava sull'amministrazione penitenziaria (art. 47-*ter*, comma 5, O.P.).

G) *Nuove forme di controllo elettronico e gli esiti negativi della detenzione domiciliare*. – Il D.L. 24 novembre 2000, n. 341, conv. in Legge 19 gennaio 2001, n. 4, ha introdotto nell'art. 47-*ter* O.P. il comma 4-*bis*, che attribuisce al Tribunale di Sorveglianza la facoltà di disporre, accertata la disponibilità da parte delle autorità competenti, l'utilizzo di **mezzi elettronici** o altri strumenti tecnici per l'osservanza delle prescrizioni imposte dalla detenzione domiciliare. Per una più completa disciplina della materia, si rinvia a quanto analogamente contemplato per gli arresti domiciliari dall'art. 275-*bis* c.p.p. (inserito nel sistema processuale dalla stessa Legge n. 4/2001), che subordina l'adozione dei suddetti mezzi (si tratta, in pratica, del c.d. "**braccialetto elettronico**") al consenso dell'interessato, in assenza del quale si procederà all'applicazione della custodia in carcere. Assistia-

mo, pertanto, alla sperimentazione, con l'ausilio della moderna tecnologia, di più invasive forme di controllo, estese dai classici luoghi detentivi alle private dimore, laddove appaiono necessarie modalità di neutralizzazione del reo maggiormente articolate [50].

Ipotesi di **revoca** della misura sono previste quando il **comportamento** del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, risulti **incompatibile** con la prosecuzione della medesima, ovvero quando vengano a cessare le condizioni di cui ai commi 1 e 1-*bis* (art. 47-*ter*, commi 6 e 7, O.P.). Se viene revocata la detenzione "biennale", la pena residua non può essere sostituita con altra misura (art. 47-*ter*, comma 9-*bis*, O.P.). Tale divieto potrebbe essere letto come ulteriore dimostrazione dell'assenza di una volontà legislativa volta a predisporre, attraverso il comma 1-*bis*, un reale percorso rieducativo.

L'allontanamento del condannato dal luogo di espiazione, sia esso privata dimora che centro di cura, assistenza o accoglienza, determina la punibilità per il delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p. (art. 47-*ter*, comma 8, O.P.); con la conseguenza che, ai sensi del comma seguente, la denuncia per il reato in esame comporta la **sospensione** del "beneficio" e l'eventuale successiva condanna ne comporta la revoca.

La Corte costituzionale, attraverso la sentenza 13 giugno 1997, n. 173 [51], si è pronunciata sull'illegittimità del comma 9, art. 47-*ter*, nella parte in cui fa derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il delitto di evasione; sarà, quindi, compito del Magistrato di Sorveglianza accertare caso per caso eventuali situazioni di incompatibilità.

H) *La detenzione domiciliare "speciale" (artt. 47-quinquies e 47-sexies O.P.).* – La detenzione domiciliare "ordinaria", di cui al comma 1, art 47-*ter* O.P., ha come destinatari, tra gli altri, madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente (nonché padre esercente la potestà, quando la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata), stabilendo, quale presupposto per la propria configurabilità, una pena, o parte residua di essa, non superiore ai quattro anni.

La Legge 8 marzo 2001, n. 40, ha reso, attraverso l'art. **47-*quinquies*** O.P. [52], applicabile il "beneficio" in esame ai medesimi soggetti, anche quan-

do siano assenti le condizioni previste dall'art. 47-*ter*. Sono, infatti, ai sensi del **comma 1** del citato articolo, ammesse a scontare la sanzione nel proprio domicilio o in altro luogo di privata dimora ovvero di cura, assistenza o accoglienza, le **madri condannate** di prole di età non superiore ad anni dieci, a seguito dell'espiazione di almeno un **terzo della pena** o **dopo quindici anni**, in caso di ergastolo. È inoltre richiesta la mancanza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e la possibilità di ripristinare la **convivenza con i figli**, alla cui tutela è finalizzato l'intervento legislativo, concretizzante questa nuova ipotesi di detenzione domiciliare, definita **"speciale"**.

Il comma 7 estende tale "opportunità" al **padre detenuto** versante in analoga situazione, in caso di decesso o impossibilità della madre. C'è da osservare come la norma solo per quest'ultima adoperi l'aggettivo "condannata" in luogo di "detenuta", in modo da garantirle l'accesso alla misura anche dallo stato di libertà; si vuole, così, per la donna, sottolineare la priorità del mantenimento dell'unità familiare, laddove non sia stata ancora interrotta

dalla detenzione in carcere, rispetto al suo eventuale successivo ripristino.

Il Tribunale di Sorveglianza, nell'accordare il "beneficio", definisce le modalità di attuazione: può imporre, ove occorre, limiti o divieti alla facoltà del soggetto di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che l'assistono, ai sensi dell'art. 284, comma 2, c.p.p.; stabilisce il periodo di tempo che la persona può trascorrere fuori dal proprio domicilio; detta le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale (UEPE), di cui si redige verbale all'atto della scarcerazione, suscettibili di successiva modifica da parte del Magistrato di Sorveglianza competente per il luogo nel quale si svolge la misura.

Funzioni di **controllo** sono, quindi, attribuite al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e allo stesso servizio sociale (UEPE), che le esplica, sia vigilando sulla condotta dell'interessato e riferendo periodicamente al Magistrato di Sorveglianza sul suo comportamento, sia ponendosi in relazione con la famiglia o con gli ambienti di vita del medesimo, con il pretesto, a nostro avviso, di aiutarlo a superare gli ostacoli al proprio percorso risocializzativo (art. 47-*quinquies*, commi 3, 4 e 5, O.P.).

Anche in questo caso l'applicazione dell'istituto fa venir meno ogni onere di mantenimento, cura e assistenza da parte dell'amministrazione penitenziaria (art. 47-*quinquies*, comma 2, O.P.).

Su domanda della persona già ammessa alla detenzione domiciliare "speciale", ai sensi del comma 8, il Tribunale di Sorveglianza può, al **compimento del decimo anno di età del figlio**, disporre la **proroga** del "beneficio", laddove ricorrano i requisiti per la concessione della semilibertà, ovvero accordare l'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'art. 21-*bis*. Quanto alla prima possibilità, a giudizio della dottrina[53], si configura, attraverso il collegamento tra le due misure alternative, più che una proroga di quella "speciale", un'autonoma ipotesi di detenzione domiciliare, definita **"speciale di prosecuzione"**[54], poiché rivolta a chi abbia già ottenuto l'applicazione del comma 1, art. **47-*quinquies*** O.P.

La **revoca** della misura è disposta qualora il **comportamento** del soggetto sia **incompatibile** con il prosieguo della medesima, perché contrario alla legge o alle prescrizioni dettate (art. 47-*quinquies*, comma 6, O.P.). La revoca può essere, altresì, proposta discrezionalmente dal Magistrato di Sorveglianza, in caso di allontanamento dal domicilio dell'interessata senza giustificato motivo per non più di dodici ore, o conseguire automaticamente alla condanna per il delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p., quando

l'assenza sia protratta per un tempo maggiore. La disciplina, contenuta nel successivo art. **47-*sexies*** O.P.[55], introdotto dalla Legge n. 40/2001, è estesa al padre detenuto.

3.2.3. *La semilibertà (art. 48 e ss. O.P.)*

A) *Evoluzione e natura della misura*. – Sull'esempio di altri ordinamenti, dove rappresenta una fase di graduale passaggio dal momento detentivo al reinserimento in ambiente libero del soggetto[56], la **semilibertà** è stata introdotta, dalla Legge 26 luglio 1975, n. 354, anche nel nostro sistema penitenziario.

L'istituto, disciplinato dagli artt. **48** e ss. O.P.[57], ha subito modifiche a opera dei due successivi interventi di riforma: le Leggi 10 ottobre 1986, n. 663 ("Gozzini"), e 27 maggio 1998, n. 165 ("Simeone").

La Legge 24 novembre 1981, n. 689, dopo aver riscritto l'art. 136 c.p., dichiarato incostituzionale con sentenza 21 novembre 1979, n. 131[58], laddove, nella precedente formulazione, contemplava la conversione della multa e dell'ammenda, non eseguite per insolvibilità del condannato, rispettivamente in reclusione e arresto, ha, di conseguenza, abrogato anche l'art. 49 O.P., contenente un'ipotesi di semilibertà obbligatoria per pene convertite da pecuniarie in detentive.

La Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. "*ex* Cirielli"), ha, recentemente, ampliato la disciplina dell'istituto in esame, inserendo nell'ordinamento penitenziario l'art. 50-*bis* (concessione della semilibertà ai recidivi).

La finalità della misura è quella di agevolare il reinserimento del reo nel tessuto sociale, offrendogli l'opportunità di **trascorrere parte del giorno all'infuori dell'istituto per svolgere attività lavorative, istruttive o comunque funzionali al suo recupero**. È indubbio, pertanto, che l'occupazione diurna debba pur sempre avere un obiettivo di risocializzazione; ed è questo il sostanziale elemento differenziante rispetto alla semidetenzione, sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi, che, imponendo solo l'obbligo di rimanere in carcere per almeno dieci ore al giorno, presenta caratteristiche formali analoghe alla semilibertà, distinguendosi da quest'ultima proprio per l'assenza di prescrizioni circa l'impiego del tempo libero.

La concessione del "beneficio" è riservata ai **condannati** a pena detentiva e agli **internati**, sottoposti a misura di sicurezza, quando vi siano le condizioni per un **graduale reinserimento** nella società; e per scongiurare il rischio di eventuali effetti desocializzanti collegati all'interazione con i detenuti comuni, gli "ammessi" a detto regime carcerario sono assegnati ad **appositi istituti** o loro **sezioni autonome** e indossano abiti civili.

Nonostante la riforma introdotta dalla Legge "Gozzini" abbia avuto sulla semilibertà una rilevanza secondaria[59], la Legge n. 663/1986, allargando la casistica in materia, ne ha comunque ampliato il carattere "polifunzionale", rendendola così idonea a rispondere a una pluralità di finalità; e ha abrogato, soprattutto, il discusso comma 3, art. 48 O.P., che, per la determinazione dei reati ostativi all'applicazione dell'istituto in esame, rinviava al comma 2, art. 47 O.P. (come abbiamo già visto per l'affidamento in prova, le limitazioni presenti nei commi eliminati sono state, poi, in parte recuperate nell'ambito delle preclusioni contenute nell'art. 4-*bis* O.P., il cui comma 1 è stato riformulato, da ultimo, a opera della Legge 23 dicembre 2002, n. 279).

In effetti, più che di vera e propria misura alternativa, si tratta di una particolare modalità di esecuzione della pena detentiva[60]; ne risulta un "beneficio" che, perpetuando il legame tra soggetto e carcere, comporta una maggiore afflittività rispetto all'affidamento e alla detenzione domiciliare. In particolare, attraverso la creazione di una figura ibrida, rappresentata da persona versante in stato di libertà e detenzione al tempo stesso, si procede ad accentuare l'individualizzazione del trattamento, realizzando un più ampio controllo sull'interessato.

B) *Ipotesi di semilibertà*. – Dal dettato dell'art. **50** O.P.[61], come modificato dalle Leggi n. 663/1986 e n. 165/1998, sono contemplate, a seconda della durata della condanna da scontare, tre distinte forme di **semilibertà**.

Una *prima ipotesi*, **sostitutiva di pene detentive brevi**, è prevista dai **commi 1** e **6** dell'articolo in esame. Nel caso in cui il condannato non sia affidato al servizio sociale, la summenzionata misura potrà trovare applicazione in luogo della pena dell'arresto o della reclusione non superiore ai **sei mesi**, ovvero essere altresì disposta successivamente all'inizio della fase esecutiva, quando l'interessato abbia mostrato la volontà di reinserimento nella vita sociale. L'obiettivo del legislatore è quello di preservare il soggetto dagli effetti desocializzanti del carcere, soprattutto per la detenzione di breve periodo. La dottrina dominante ritiene per pena quella da espiare in concreto e il limite di sei mesi riferibile soltanto alla reclusione e non anche all'arresto.

Abbiamo, quindi, una **semilibertà** quale **modalità di esecuzione di pene detentive medio-lunghe**, disciplinata dai **commi 2**, **parte prima**, e **5**, art. 50 e dall'art. 50-*bis* O.P.[62].

Questa *seconda ipotesi* è quella tipica, che rappresenta una vera e pro-

pria fase di passaggio dalla detenzione alla libertà: finalità dichiarata dal legislatore è, pertanto, la creazione di percorsi risocializzativi funzionali al reingresso dell'individuo in ambiente libero. Per l'ammissione al "beneficio" è richiesta, in questo caso, l'**espiazione di almeno metà** della pena, o dei **due terzi** di essa, qualora la condanna abbia a oggetto uno dei delitti indicati nel comma 1 art. 4-*bis*, ovvero di **venti anni** in caso di ergastolo; l'internato può esservi ammesso in ogni tempo.

Ai sensi del **comma 4** dell'articolo medesimo, l'applicazione dell'istituto *de quo* è subordinata a un duplice ordine di requisiti: la sussistenza di **progressi** compiuti nel corso del trattamento, apprezzabili attraverso l'osservazione scientifica della personalità, e le condizioni per un **graduale reinserimento** del soggetto nella società. A giudizio della Cassazione[63], che, nell'esprimersi sul punto, pone l'accento sulla "*valenza di primaria importanza*" acquistata dal lavoro extramurario "*per gli effetti di per sé rieducativi ed agevolativi del rientro nell'ambiente familiare e sociale, di cui costituisce concreto avallo*", l'assenza o l'esito negativo di uno solo dei citati requisiti renderebbe inutile l'indagine sull'esistenza anche dell'altro, "*perché comunque già la carenza di uno darebbe giuridico fondamento alla reiezione dell'istanza*".

La giurisprudenza non è unanime nel ritenere, ai fini del giudizio sulla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura, sufficiente l'esclusivo dato dei progressi compiuti dal condannato durante il trattamento[64], o necessaria anche la valutazione dei precedenti penali e giudiziari di costui[65]. Vi è, tuttavia, uniformità nel considerare insufficiente a provare l'evoluzione della personalità del soggetto una mera condotta passiva, che si limiti soltanto all'osservazione delle prescrizioni imposte.

Per il computo della durata delle pene non si tiene conto di quella pecuniaria inflitta congiuntamente a quella detentiva (art. 50, comma 3, O.P.)[66].

Il successivo art. 50-*bis* O.P., come previsto dalla Legge n. 251/2005, richiede l'espiazione dei **due terzi** della pena, ovvero, se si tratti di un con-

dannato per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* O.P., di almeno **tre quarti** di essa, per l'ammissione al beneficio in esame nei confronti di detenuti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata prevista dal comma 4 dell'art. 99 c.p.

La *terza ipotesi*, quella della **semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova al servizio sociale**, è contemplata dal **comma 2**, **parte seconda**, art. 50 O.P. Il condannato per un reato diverso da quelli indicati dal comma 1 art. 4-*bis* O.P., qualora la sanzione non superi i tre anni e non sussistano i presupposti per l'affidamento, può essere ammesso al "beneficio" in esame anche **prima dell'espiazione di metà della pena**. La norma ha la finalità di garantire, attraverso il coordinamento tra le due misure alternative alla detenzione, l'applicazione anticipata della semilibertà a soggetti che, pur presentando un grado di pericolosità sociale analogo a quello degli "affidati", non possiedono, tuttavia, i requisiti richiesti dall'art. 47 O.P. e necessitano, invece, di un trattamento progressivo connotato da una maggiore carica afflittiva.

L'intervento della Legge n. 165/1998 ha, da un lato, escluso ogni collegamento con il comma 4 dell'art. 50 O.P. ai fini dell'individuazione dei criteri soggettivi per la configurazione di tale ipotesi, inducendo la dottrina dominante[67] a ricorrere all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, che fa riferimento all'idoneità dell'istituto a evitare la recidiva; e ha, dall'altro, ridimensionato le perplessità circa la possibilità di concedere la semilibertà "surrogatoria" anche dallo *status libertatis*.

C) *Attività di collaborazione con la giustizia (art. 58-ter O.P.)*. – Riguardo alla semilibertà operano i medesimi divieti posti, dagli artt. 4-*bis* e 58-*quater*, all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, su cui ci siamo in precedenza soffermati.

Ai sensi dell'art. 58-*ter*, comma 1, O.P., i limiti di pena previsti dal comma 2 dell'art. 50, relativi alle persone condannate per i delitti di cui al comma 1, art. 4-*bis*, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati affinché l'attività criminosa non sia portata a ulteriori conseguenze, ovvero hanno collaborato con l'autorità di polizia o giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

Il Tribunale di Sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i delitti in ordine ai quali si collabora, provvede, ai sensi del comma successivo, all'accertamento di tali condotte.

Ancora una volta dobbiamo sottolineare come le opzioni legislative sembrano privilegiare la diffusione di attività di collaborazione con la giustizia, mentre appaiono poste in secondo piano le esigenze di favorire un autentico recupero del condannato.

D) *Procedura di ammissione e contenuto della misura*. – A seconda dello stato del soggetto interessato, diversa sarà la norma di riferimento che regola la procedura di ammissione alla misura.

Nei confronti di *persona **libera***, la cui condanna non superi i sei mesi, nella fattispecie disciplinata dal primo comma dell'art. 50 O.P., sarà applicabile l'art. **656**, **comma 5**, c.p.p., che attribuisce il compito di sospendere l'esecuzione della pena, quando sia contenuta nei limiti prescritti dalla legge, al **pubblico ministero**, al quale va presentata, **entro trenta giorni** dalla notifica della sospensione, l'**istanza** volta a ottenere la concessione della semilibertà.

Qualora, invece, si tratti di *persona **detenuta***, occorrerà distinguere due ipotesi. La prima ha ad oggetto il condannato o l'internato, che, ricevuta la notifica dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 2, c.p.p.), deve presentare la domanda per ottenere il "beneficio", ai sensi dell'art. **677**, **comma 1**, c.p.p., al **Tribunale di Sorveglianza** avente giurisdizione sull'istituto ove il medesimo si trova recluso. La seconda si riferisce al condannato a pena dell'arresto o della reclusione non superiore ai sei mesi, laddove, avendo già avuto inizio la fase esecutiva, si verifica il caso contemplato dal comma 6, art. 50 O.P., che contiene, ai fini della procedura da seguire, un rinvio all'art. **47**, **comma 4**, O.P. In tale ipotesi, pertanto, il **Magistrato di Sorveglianza** competente sull'istituto penitenziario, cui l'istanza di semilibertà deve essere rivolta, può sospendere l'esecuzione e ordinare la liberazione del condannato, qualora questi abbia dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale, sino alla **decisione**, entro **quarantacinque giorni**, del Tribunale di Sorveglianza, cui il Magistrato trasmette immediatamente gli atti.

Se, infine, al momento del passaggio in giudicato della condanna, quando questa non superi il limite di tre anni o sei per i soggetti tossico o alcooldipendenti, la *persona* si trova agli ***arresti domiciliari***, si ricorrerà al **comma 10**, art. **656** c.p.p., ai sensi del quale il pubblico ministero **sospende l'esecuzione** dell'ordine di **carcerazione** e trasmette senza ritardo gli atti al Tribunale di Sorveglianza affinché disponga l'eventuale applicazione della misura in esame; sino alla decisione l'interessato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il corrispondente tempo trascorso è da considerare come pena espiata.

La semilibertà è disposta con **ordinanza** del Tribunale di Sorveglianza, di cui è inviata copia al direttore dell'istituto penitenziario, il quale, entro

cinque giorni, deve redigere, anche da solo in via provvisoria, il programma di trattamento, contenente le prescrizioni che il condannato o l'internato si impegna per iscritto a osservare, durante il tempo da trascorrere all'esterno del carcere, in ordine ai rapporti con la famiglia e con il servizio sociale o alle attività funzionali al suo recupero, nonché quelle relative all'orario di uscita e di rientro; tale programma, formulato in via definitiva dall'équipe di osservazione e trattamento, dovrà essere, quindi, approvato dal Magistrato di Sorveglianza (art. 101, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Abbiamo visto come gli ammessi al "beneficio" siano destinati, affinché il contatto con i detenuti comuni non ne pregiudichi il percorso risocializzativo, ad appositi istituti o loro sezioni autonome, ubicabili anche in edifici di civile abitazione; di questi ultimi, speciali case per la semilibertà, hanno, comunque, diritto a usufruire le madri detenute di un figlio di età inferiore ai tre anni, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 50 O.P.

Funzioni di controllo sono, poi, attribuite agli organi di polizia, al direttore del penitenziario e al servizio sociale (UEPE). I primi, in caso di violazione delle prescrizioni imposte, sono tenuti a informare, oltre il Magistrato di Sorveglianza, il direttore dell'istituto, cui resta affidata, comunque, la responsabilità del trattamento. Quest'ultimo, chiamato anch'egli a riferire al Tribunale e al Magistrato di Sorveglianza, si avvale, per la vigilanza e l'assistenza del soggetto in ambiente libero, del servizio sociale (UEPE), che fornisce, a sua volta, indicazioni sull'aggiornamento della situazione esterna, sullo svolgimento della misura e sulla necessità di eventuali modifiche del programma.

Il semilibero deve, infine, dar conto al personale della struttura di detenzione, appositamente incaricato, dell'uso del denaro di cui è autorizzato a disporre.

E) *Gli esiti negativi della semilibertà e le licenze ai condannati e agli internati ammessi alla misura*. – Dal comma 1, art. **51** O.P.[68] è disciplinata la

prima ipotesi di **revoca**, *facoltativa*, della semilibertà, che si configura qualora il soggetto **non** si mostri **idoneo** al trattamento. Secondo la dottrina dominante[69], il giudizio di inidoneità può essere anche il risultato della valutazione di circostanze oggettive indipendenti dalla responsabilità del **condannato**; in ciò è da ravvisarsi l'elemento di differenziazione rispetto all'analogo provvedimento previsto per l'affidamento, laddove si richiede, invece, un comportamento dell'interessato contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, incompatibile, pertanto, con la prosecuzione della prova. Sempre per la dottrina[70], il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale attribuitogli, deve sempre motivare la revoca della misura, che non può, comunque, essere l'automatica conseguenza della commissione di un reato o dell'inosservanza delle prescrizioni.

Una seconda ipotesi di revoca, ancora *facoltativa*, può essere proposta dal consiglio di disciplina e disposta dal Tribunale di Sorveglianza nei confronti del condannato, ammesso al "beneficio" e rimasto assente dall'istituto, senza giustificato motivo, per non più di dodici ore, che sarà in ogni caso punito in via disciplinare (art. 51, comma 2, O.P.).

L'assenza protratta per un tempo maggiore comporta la punibilità per il delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p. (art. 51, comma 3, O.P.); con la conseguenza che la denuncia per il summenzionato delitto determina la **sospensione**, *obbligatoria*, della misura e l'eventuale successiva condanna ne determina la revoca, anch'essa *obbligatoria* (art. 51, comma 4, O.P.).

La giurisprudenza non ha, tuttavia, escluso l'applicabilità a tale ultima ipotesi anche del comma 1 art. 51; ritiene, infatti, la Cassazione[71], che "*l'obbligatorietà della revoca, conseguente al reato di evasione realizzato con il mancato rientro (comma 3° medesimo art. 51) e quindi subordinata al suo accertamento con sentenza irrevocabile, non preclude, tuttavia, che l'assenza dall'istituto possa essere presa in considerazione non quale fatto-reato, sul quale è competente a pronunciarsi in via esclusiva il giudice della cognizione, bensì, ai sensi del citato comma 1° dell'art. 51, quale mero fatto storico, che dimostra la inidoneità del condannato al particolare trattamento penitenziario rappresentato dal regime di semilibertà*".

Quanto all'**internato**, il comma 5 dell'articolo in esame prevede la **revoca** *facoltativa* del "beneficio" nel caso in cui l'interessato si assenti dall'istituto, senza giustificato motivo, per un tempo superiore a tre ore, oltre all'irrogazione della sanzione disciplinare.

Ai condannati e agli internati ammessi al regime di semilibertà possono

essere concesse, a titolo di premio, una o più **licenze** (artt. 52, 53 e 53-*bis*, O.P.) di durata non superiore, complessivamente, a quarantacinque giorni all'anno. I secondi possono usufruire, inoltre, di altri tre tipi di licenze: quella di sei mesi, nel periodo immediatamente antecedente alla scadenza fissata per il riesame della pericolosità; quella non superiore a quindici giorni, per gravi esigenze personali o familiari; e, infine, quella non superiore a trenta giorni all'anno, al fine di favorirne il percorso risocializzativo.

Il soggetto è sottoposto al regime di libertà vigilata per il tempo trascorso in licenza, revocabile in caso di trasgressione degli obblighi impostigli, indipendentemente dalla revoca della misura alternativa, e alla cui scadenza, qualora il medesimo non rientri in istituto, si applicano le disposizioni di cui al citato art. 51 O.P.

I comportamenti sintomatici di non meritevolezza del "beneficio" possono indurre il Magistrato di Sorveglianza, con decreto motivato, a escludere il periodo trascorso in permesso o licenza dal computo della detenzione. Avverso tale provvedimento, nel termine di dieci giorni dalla sua comunicazione all'interessato, è possibile ricorrere per reclamo, secondo la procedura di cui all'art. 14-*ter* O.P., al Tribunale di Sorveglianza, che decide, a sua volta, entro dieci giorni. A seguito della sentenza della Corte costituzionale 16 febbraio 1993, n. 53 [72], il reclamo, cui la pronuncia della Corte estende l'applicazione degli artt. 666 e 678 c.p.p., dà luogo non più a una procedura amministrativa, bensì a un procedimento giurisdizionale, che garantisce il controllo di legalità sui citati provvedimenti e contempla un'udienza camerale con la presenza del difensore dell'interessato e del pubblico ministero.

F) *Sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà e sospensione cautelativa delle misure alternative.* – La Legge 10 ottobre 1986, n. 663 ("Gozzini"), introducendo nell'ordinamento penitenziario gli artt. 51-*bis* e 51-*ter*, che disciplinano, rispettivamente, i casi di sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà e di sospensione cautelativa delle misure alternative, ha colmato una lacuna normativa lasciata dal legislatore del 1975. La Legge 8 marzo 2001, n. 40, è successivamente intervenuta sugli articoli in esame, per estendere le previsioni in essi contenute anche all'ipotesi di detenzione domiciliare "speciale".

Quanto alla *prima* delle due disposizioni, l'art. 51-*bis* stabilisce che, qualora durante l'attuazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare di cui agli artt. 47-*ter* o 47-*quinquies* o della semilibertà sopravvenga un titolo di esecuzione di altra pena detentiva, il diretto-

re dell'istituto penitenziario o dell'ufficio di esecuzione penale esterna informa immediatamente il Magistrato di Sorveglianza. Quest'ultimo deve accertare se, a seguito del cumulo delle pene, non siano superati i limiti stabiliti per ciascuna misura, permanendone, pertanto, le condizioni di applicabilità. In caso di valutazione positiva, l'organo monocratico disporrà la prosecuzione provvisoria della misura alternativa in corso; in caso contrario provvederà alla sua revoca.

L'accertamento del Magistrato di Sorveglianza è limitato a profili di mera legittimità e si conclude con un decreto non motivato, avente valore interinale, adottato *de plano*, senza alcuna formalità. Gli atti dovranno essere, quindi, trasmessi al Tribunale di Sorveglianza, il cui intervento si estende anche al merito e la cui pronuncia definitiva sulla prosecuzione o sulla cessazione della misura, a seguito di procedimento di sorveglianza ordinario, deve avvenire entro venti giorni dalla loro ricezione.

Finalità della norma è quella di evitare che il sopravvenire di un nuovo titolo di privazione della libertà possa interrompere, anche temporaneamente, l'applicazione di uno dei summenzionati "benefici", laddove la permanenza dei relativi requisiti giuridici consentirebbe al condannato la riammissione, per prosecuzione, al medesimo o ad altro "beneficio".

Quanto alla *seconda* disposizione, ai sensi dell'art. 51-*ter*, qualora il soggetto ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale, alla semilibertà o alla detenzione domiciliare di cui agli artt. 47-*ter* o 47-*quinquies* ponga in essere comportamenti tali da determinarne la revoca, il Magistrato di Sorveglianza, nella cui giurisdizione esse sono in corso, ne dispone la provvisoria sospensione, ordinando l'accompagnamento del trasgressore in istituto.

Il provvedimento interinale con cui si pronuncia l'organo monocratico è il decreto, stavolta motivato. Gli atti vanno trasmessi immediatamente al Tribunale di Sorveglianza, cui spetta la decisione definitiva, adottata a seguito di procedimento di sorveglianza ordinario, che deve intervenire entro trenta giorni dalla ricezione dei medesimi atti, pena la caducazione del provvedimento di sospensione. In tale ultimo caso, tuttavia, la revoca della misura può essere comunque adottata dall'organo collegiale in via autonoma e in una fase successiva.

Le disposizioni di cui agli artt. 51-*bis* e 51-*ter* hanno a oggetto i medesimi istituti (affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, detenzione domiciliare) e presentano un analogo congegno normativo; differiscono, tuttavia, quanto ai presupposti applicativi. Nel secondo caso, infatti, è la condotta dell'interessato a provocare l'intervento, prima, del Magistrato e, quindi, del Tribunale di Sorveglianza.

3.2.4. *La liberazione anticipata o* semestralizzazione *(art. 54 O.P.)*

A) *Evoluzione e natura della misura.* – La liberazione anticipata è stata introdotta nel nostro sistema penitenziario, attraverso l'art. **54** [73], dalla Legge 26 luglio 1975, n. 354. L'istituto, ridisegnato, poi, dalla Legge 10 ottobre 1986, n. 663 ("Gozzini"), ha subito di recente ulteriori ampie modifiche a seguito dell'intervento della Legge 19 dicembre 2002, n. 277.

La misura consiste nel concedere al condannato a pena detentiva, che abbia partecipato all'opera di rieducazione, quale riconoscimento di tale partecipazione, e per un suo più efficace reinserimento nella società, una **detrazione** di **quarantacinque** giorni per ogni singolo **semestre** di pena scontata. A tal fine è preso in considerazione anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare.

Una lunga *querelle* aveva, in effetti, sin dal principio visto contrapposte giurisprudenza di merito e dottrina maggioritaria, da un lato, e Suprema Corte, dall'altro, circa l'adozione, nell'accertamento del percorso risocializzativo intrapreso dall'interessato, di una valutazione frazionata, avente a oggetto singoli semestri di pena espiata, o di una valutazione globale, relativa all'intero trattamento nel suo complesso.

La Legge n. 663/1986, dopo aver ampliato la portata applicativa della misura in esame, aumentando l'entità dello sconto della sanzione da venti a quarantacinque giorni, sembra aver optato per la prima soluzione, avendo inserito nel comma 1 dell'art. 54 O.P. un'esplicito riferimento alla *semestralizzazione*.

Residue incertezze interpretative, alimentate, poi, da un'inversione di tendenza contenuta nell'art. 30 della stessa Legge "Gozzini" [74], sono state

definitivamente eliminate dalla Corte costituzionale, la quale, con sentenza 31 maggio 1990, n. 276[75], allineandosi all'interpretazione emergente dal dettato normativo, ebbe ad affermare che "*se si dovesse riservare ad un giudizio lontano, finale e globale, l'effettiva valutazione della partecipazione semestrale del condannato all'azione rieducativa, da una parte ogni incentivo psicologico resterebbe frustrato a causa dell'incertezza che il futuro riserverebbe agli sforzi adesivi degli interessati e, dall'altra, resterebbero maggiormente penalizzati coloro che fin dall'inizio avevano messo a disposizione tutta la loro buona volontà: e ciò a causa della possibilità che una cattiva prova finale, per qualsiasi motivo verificatasi, abbia a vanificare anni di sforzi compiuti semestre per semestre, e viceversa una furbesca condotta di adesione nell'ultima fase abbia ingiustamente a premiare, per l'intera durata della pena, colui che per anni s'era mostrato refrattario ad ogni partecipazione*". La Corte ha, quindi, concluso che, "anche quando la valutazione si verifichi di fatto in un momento finale, essa vada sempre riferita '**ai singoli semestri**', senza che la negativa valutazione di uno o più di essi possa comportare la decadenza dal diritto di vedere riconosciuto il beneficio per quello o quelli nei quali le condizioni di legge si siano verificate".

L'utilizzo, infine, da parte del legislatore dell'86, nel primo comma dell'art. 54, della nuova locuzione "al condannato … è concessa" (in luogo della precedente "al condannato può …") induce gran parte della dottrina[76] a ritenere sussistente in capo al detenuto un vero e proprio diritto all'applicazione della misura, qualora ne siano accertati i presupposti.

Emerge palese il carattere esclusivamente premiale della liberazione anticipata, che, lungi dal mostrarsi funzionale a una reale e incondizionata volontà di risocializzazione del soggetto, attraverso la promessa del "premio" dello sconto di pena da accordare in un momento successivo alla condotta intramuraria dell'interessato, mira a garantire, da un lato, il mantenimento della disciplina negli istituti penitenziari, e obbedisce, dall'altro, a esigenze di deflazione carceraria. Si tratta, pertanto, più che di vera e propria misura alternativa, di un'abbreviazione della durata dello stato di detenzione.

B) *La riforma del 2002*. – La Legge 19 dicembre 2002, n. 277, pur non intervenendo direttamente sull'art. 54 O.P., ha introdotto ampie modifiche

all'istituto in esame, riguardanti i **presupposti**, la **competenza** e la **procedura** per l'ammissione al "beneficio"[77].

Innanzitutto, come già anticipato in precedenza, il legislatore, attraverso l'inserimento nell'art. **47** del **comma 12-*bis***, ha esteso anche all'affidato in prova al servizio sociale l'applicabilità della liberazione anticipata, rendendo così cumulabili le due misure alternative alla detenzione[78]. Ne deriva una dilatazione della concedibilità della riduzione di pena, che può adesso operare anche nei confronti di soggetto in stato di libertà. Rispetto a tale ipotesi, tuttavia, risulta attribuita ampia discrezionalità al giudice, non essendo costui vincolato, nella decisione, dall'accertamento dei presupposti richiesti per persona detenuta, data l'assenza di rigidi criteri rivelatori di partecipazione del soggetto libero all'attività di risocializzazione.

A seguito della riforma è stato, quindi, riscritto il **comma 8**, art. **69** O.P., che disciplina le attribuzioni del **Magistrato di Sorveglianza**, al fine di trasferire a quest'ultimo la competenza per la concessione della misura, sino ad allora spettante all'organo collegiale; è stato, poi, inserito nel sistema penitenziario l'art. **69-*bis***, dal quale risulta abbreviata la procedura di ammissione al "beneficio", che si conclude con ordinanza a seguito di procedimento in **camera di consiglio**; ed è stato riformulato, infine, il **comma 1**, art. **70** O.P., per ampliare le funzioni del Tribunale di Sorveglianza, cui spetta la decisione sull'eventuale revoca e sul reclamo avverso il provvedimento dell'organo monocratico.

Tali interventi sono stati giustificati con la necessità di ovviare ai ritardi nella concessione della liberazione anticipata, atteso l'attuale sovraccarico di procedimenti innanzi al Tribunale di Sorveglianza, e scongiurare, così, il pericolo di veder vanificati i principi della buona amministrazione della giustizia e della funzione rieducativa della pena. Si è pensato, pertanto, di abbreviare i tempi per l'applicabilità dell'istituto, trasferendo la relativa competenza dall'organo collegiale a quello monocratico e, al tempo stesso, prevedendo che quest'ultimo provveda con ordinanza, adottata in camera di consiglio senza la presenza delle parti. In tal modo, alle esigenze di celerità processuale si sacrificano, tuttavia, le garanzie del contraddittorio, la cui presenza è contemplata solo nella successiva eventuale fase del reclamo.

C) *I presupposti*. – Presupposto per l'applicazione della liberazione anticipata è la partecipazione del soggetto all'opera di rieducazione, valutata

con riferimento all'impegno dimostrato durante il percorso risocializzativo e ai risultati del **trattamento individualizzato**.

A giudizio della giurisprudenza di Cassazione[79], la misura deve essere negata a chi sia stato punito in via disciplinare e può essere, viceversa, "*concessa al condannato che ha mantenuto un comportamento rispettoso nei confronti degli operatori penitenziari e regolari rapporti con gli altri detenuti senza incorrere in ammonizioni o sanzioni disciplinari*".

I precedenti penali e giudiziari dell'interessato non sono ostativi alla fruizione del "beneficio"; maggiore interesse, nella valutazione del grado di partecipazione del soggetto al percorso di risocializzazione, assume, invece, la gravità del reato commesso.

Per la riduzione della pena si richiede, tuttavia, un *quid pluris* rispetto alla semplice osservanza delle regole penitenziarie. A tal proposito, la Cassazione[80] ha precisato che "ai fini della liberazione anticipata, una condotta intramuraria del condannato immune da censure sotto il profilo disciplinare, pur essendo apprezzabile in quanto riferibile al 'comportamento' generale del detenuto …, non è valutabile in assoluto come sicuro indice di una personale effettiva partecipazione all'opera rieducativa, costituendo l'ossequio alla disciplina carceraria un dovere indifferenziato dei detenuti e degli internati".

L'art. 3 della Legge n. 277/2002 ha esteso l'applicabilità del "beneficio" anche all'affidato in prova al servizio sociale. Si configura, così, un'altra ipotesi di liberazione anticipata, definita "speciale", il cui presupposto di ammissibilità consiste in una valutazione avente a oggetto il positivo evolversi della personalità di un soggetto in stato di libertà.

Non operano, infine, nei confronti dell'istituto in esame – a differenza delle altre misure alternative alla detenzione – le preclusioni di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*quater*.

D) *Procedura di ammissione e contenuto della misura*. – Abbiamo visto come la Legge n. 277/2002, attraverso l'art. **69-*bis*** O.P., ha ridisegnato la procedura di ammissione alla liberazione anticipata, sulla cui istanza il **Magistrato di Sorveglianza**, non prima di quindici giorni dalla richiesta del parere al pubblico ministero e anche prescindendo da esso, provvede con **ordinanza**, adottata in **camera di consiglio** e in **assenza delle parti**.

Il passaggio di competenza dall'organo collegiale a quello monocratico e il venir meno del contraddittorio rappresentano sicuramente un sacrificio in materia di garanzie processuali. E la possibilità per le parti di produrre comunque memorie, sino a cinque giorni prima dell'udienza, ai sensi dell'art.

666, comma 3, c.p.p., potrebbe essere, di fatto, vanificata da difetti di raccordo tra le norme della riforma e quelle del codice di procedura penale: l'art. 678 c.p.p., che disciplina il procedimento di sorveglianza e nel quale è contenuto il richiamo all'art. 666 c.p.p., non fa, infatti, riferimento, tra le materie affidate alla cognizione del magistrato, alla liberazione anticipata[81].

Il contraddittorio sarà, quindi, recuperato nella successiva ed eventuale fase del **ricorso** per **reclamo** al **Tribunale di Sorveglianza** competente per territorio, che l'interessato e il pubblico ministero possono adire, entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione, avverso l'ordinanza dell'organo monocratico. L'organo collegiale decide ai sensi dell'art. 678 c.p.p.

La concessione della misura è, quindi, comunicata all'ufficio del pubblico ministero presso la Corte d'appello o il Tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione (art. 54, comma 2, O.P.).

Agli effetti del computo dell'entità di pena che occorre aver espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, la parte della sanzione detratta a seguito dell'applicazione della liberazione anticipata si considera come scontata; e tale disposizione si estende anche nei confronti dei condannati all'ergastolo (art. 54, comma 4, O.P.).

E) *Gli esiti negativi della liberazione anticipata*. – Ai sensi del comma 3, art. 54 O.P., la condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del "beneficio" in esame ne comporta la **revoca**.

Questioni di legittimità costituzionale sono state, quindi, sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze avverso tale norma, perché in contrasto, tra l'altro, con il principio di risocializzazione contenuto nel comma 3, art. 27 Cost., laddove l'automatismo della revoca dell'istituto in caso di ulteriore condanna non consente una valutazione circa la partecipazione del soggetto, nonostante il reato commesso, a quell'opera di rieducazione cui dovrebbe essere finalizzata la pena.

La Corte Costituzionale, intervenuta con sentenza 23 maggio 1995, n. 186[82], si è soffermata sul diverso regime che disciplina la revocabilità delle altre misure alternative alla detenzione, affermando che nell'ipotesi relativa all'art. 54, comma 3, O.P., "*a differenza di quanto previsto in tema di affidamento in prova al servizio sociale, di detenzione domiciliare e di semilibertà, non è la condotta del soggetto ad essere valutata in rapporto alla natura ed alla funzione del beneficio preso in esame, ma unicamente il dato rappresen-*

tato dalla condanna per qualunque delitto non colposo"; la qual cosa "*lascia quindi presupporre che al fondo di una simile rigorosa opzione stia nulla più che un preciso disegno volto ad assicurare, attraverso un meccanismo di tipo meramente sanzionatorio, la sola 'buona condotta' del soggetto in espiazione di pena, relegando così nell'ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad una efficace collaborazione nel trattamento rieducativo che costituisce l'essenza stessa dell'istituto*".

La Corte ha, pertanto, dichiarato illegittimo, perché in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., l'art. 54, comma 3, O.P., nella parte in cui fa dipendere l'automatica revoca della misura in esame dall'esito di un giudizio per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio, anziché stabilire che la liberazione anticipata è **revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, si dimostri incompatibile con la riduzione della pena**.

Da tale decisione risulta ampliata la funzione del Tribunale di Sorveglianza, che, anziché limitarsi a una funzione meramente recettizia del giudicato penale[83], può adesso svolgere una valutazione approfondita del comportamento intramurario dell'interessato, al fine di ravvisare, indipendentemente dalle sue ulteriori vicende processuali, eventuali risultati compiuti nel percorso rieducativo.

3.3. *Differenziazione per ragioni terapeutiche*

Abbiamo visto, nel primo paragrafo del presente capitolo, come l'esigenza di differenziazione del trattamento penitenziario nasca soprattutto dalla necessità di predisporre una più efficace risposta in termini di controllo all'emergenza del sovraffollamento carcerario, che dai primi anni settanta comincia a interessare, tra le altre, anche e soprattutto le prigioni italiane. E proprio a partire da quegli anni, una sempre più ampia percentuale di popolazione dei reclusi sarà costituita da soggetti tossicodipendenti.

Inizialmente, né la Legge 22 dicembre 1975, n. 685, che, nell'introdurre la nuova disciplina degli stupefacenti[84], operava una distinzione, quanto all'applicabilità della sanzione, tra droghe "leggere" e "pesanti" e affermava il principio di non punibilità del detentore di "modica quantità" di sostan-

za psicotropa per uso personale[85], né la Legge 26 luglio 1975, n. 354, di riforma dell'ordinamento penitenziario, avevano previsto peculiari forme di recupero extramurarie per i condannati che presentassero dipendenza da sostanze psicoattive.

A seguito di un'*iter* scandito dalle Leggi n. 532/1982 e n. 398/1984, che segnarono un primo passo verso il riconoscimento delle comunità terapeutiche[86], si approda alla **Legge 21 giugno 1985**, **n. 297**, la quale, attraverso l'art. **47-*bis*** O.P., riscritto successivamente dalla Legge n. 663/1986, ha predisposto una forma di **affidamento in prova *in casi particolari*** per soggetti **tossico o alcool-dipendenti**[87].

Il processo di crescita della carcerizzazione interessante individui caratterizzati da tale particolare "disagio", anziché essere arrestato dal summenzionato intervento legislativo, sarà, invece, accentuato, da un lato, dal dilagare del traffico delle "droghe pesanti", nel corso degli anni ottanta, e, dall'altro, da un radicale mutamento della politica criminale in materia di stupefacenti, che ha condotto alla modifica della Legge n. 685/1975 a opera della Legge n. 162/1990[88], la cui disciplina è, poi, confluita nel **D.P.R. 9 ottobre 1990**, **n. 309**[89].

La riforma equipara ai fini giuridici lo spaccio di sostanza psicotropa e la sua detenzione, quando siano superati i limiti consentiti dalla norma, e rende sanzionabile anche la condotta del mero consumatore, sostituendo, quale criterio per la definizione della soglia di punibilità, al concetto di "modica quantità" quello di "dose media giornaliera"; tale ultima nozione sarà, in ogni caso, eliminata dal D.P.R. 5 giugno 1993, n. 171, che declasserà da reato a mero illecito amministrativo l'acquisto o detenzione "per uso personale" di stupefacente[90].

Il legislatore del 1990 ha ampliato le ipotesi di differenziazione per ragioni terapeutiche, affiancando la **sospensione dell'esecuzione della pena detentiva** nei confronti dei tossicodipendenti, previsto dall'art. **90**, **D.P.R. n. 309/1990**, all'affidamento in prova *in casi particolari*, la cui disciplina è stata riprodotta nell'art. **94** del medesimo Testo unico.

L'art. 8 della Legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. "*ex* Cirielli"), ha ridotto, attraverso la recente introduzione nel sistema penitenziario dell'art. 94-*bis*, a **tre anni** il limite di pena detentiva, inflitta o da espiare in concreto, per l'ammissione ai "benefici", di cui agli artt. 90 e 94 D.P.R. n. 309/1990, di persona tossico o alcooldipendente, cui sia stata applicata la recidiva reiterata prevista dal comma 4 dell'art. 99 c.p. [91].

Significative modifiche contenute nel D.D.L. approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 novembre 2003, recante l'ennesima riforma in direzione proibizionista (superamento della distinzione tra droghe "pesanti" e "leggere"; rinnovata sanzionabilità della condotta di uso o detenzione di sostanza psicotropa al di sopra di una quantità determinata da parametri ministeriali), interessano entrambi gli istituti [92].

Il prolungato *iter* parlamentare, di cui è stato oggetto di discussione il sopra citato disegno di legge, è sfociato nel D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. in Legge 21 febbraio 2006, n. 49, che innalza i limiti di condanna da espiare in concreto, ai fini della concessione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per soggetti tossicodipendenti e dell'affidamento in prova *in casi particolari*, a sei anni (ovvero quattro in relazione ai reati di cui all'art. 4-*bis* O.P.), abrogando, contestualmente, l'art. 94-*bis* D.P.R. n. 309/1990 e ridisegnando, al tempo stesso, la disciplina di ammissione alle misure.

Risulta, pertanto, eliminata, a distanza di due mesi e mezzo dalla sua introduzione a opera della Legge 5 dicembre 2005, n. 251, la norma comportante restrizioni all'accesso ai "benefici" penitenziari in caso di "recidiva", evidenziando, così, palesi incertezze governative nelle politiche in materia di tossicodipendenza.

L'ultima tappa del travagliato percorso di disciplina degli stupefacenti si sostanzia, comunque, in un'ulteriore svolta in senso repressivo, che an-

nulla i risultati referendari del 18 aprile 1993, in ordine alla depenalizzazione della condotta di uso personale di sostanze psicotrope al di sopra di un *quantum* ancorato a parametri stabiliti dal Ministero della Sanità (l'obliterata "dose media giornaliera"), contenuti nel D.P.R. n. 171/1993.

Tra le scelte più discutibili del legislatore del 2006, che opta, in generale, per un inasprimento della risposta sanzionatoria al "fenomeno droga" (la Legge n. 49/2006 prevede pene dai sei ai venti anni di reclusione), occorre sottolineare, per quanto riguarda più specificatamente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e l'affidamento in prova *in casi particolari*, l'equiparazione dei servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti alle strutture private autorizzate dal Servizio sanitario nazionale.

A tale autorizzazione è subordinata, pertanto, l'attribuzione anche alle summenzionate strutture, sottratte adesso al controllo dei Ser.T., del potere di certificare autonomamente lo stato di tossicodipendenza degli "interessati" ai "benefici" penitenziari, che potranno essere "presi in cura" direttamente da queste (o, a seconda dei punti di vista, essere posti sotto il loro controllo).

Attraverso la modifica degli articoli 113-123 D.P.R. n. 309/1990 si realizza, in tal modo, una vera e propria delega della potestà punitiva dallo Stato agli enti privati, i quali possono, ora, sostituirsi interamente ai servizi pubblici nella gestione del "tossicodipendente" condannato, vagliandone le eventuali richieste di ammissione alle misure "premiali".

Si realizza, così, un primo concreto passo verso quel processo di privatizzazione del carcere, già presente, solo a livello embrionale, nelle comunità terapeutiche, prima della loro definitiva equiparazione ai Ser.T.

Direttamente collegata, infine, alle problematiche attinenti allo stato di tossicodipendenza è la crescente diffusione, a partire dalla fine degli anni ottanta, delle sindromi da HIV tra i detenuti. Anche questa allarmante emergenza ha indotto il legislatore a intervenire laddove appariva evidente l'incompatibilità tra carcere e AIDS [93].

Con il D.L. 14 maggio 1993, n. 139, conv. in Legge 14 luglio 1993, n. 222, che, introducendo l'articolo 286-*bis* c.p.p., pose il divieto di custodia cautelare nei confronti di portatori di infezione da HIV, ebbe inizio un *iter* conclusosi con la **Legge 12 luglio 1999, n. 231**, il cui intervento, completato dal successivo **D.M. 21 ottobre 1999**, ha tentato di colmare le lacune in materia.

La Legge n. 231/1999, attraverso l'art. **47-*quater*** O.P., ha previsto **misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria**.

Peculiarità inerenti a tali forme di differenziazione terapeutica attengono alla configurazione di istituti nei quali si realizza una commistione tra punizione e terapia; l'interessato al "beneficio" diventa, in tal modo, persona da "punire" e "curare" al tempo stesso.

3.3.1. *La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di tossicodipendenti (art. 90, D.P.R. n. 309/1990)*

Il legislatore del 1990 ha predisposto un ulteriore strumento per superare quegli ostacoli che la detenzione in carcere pone alla risocializzazione del condannato tossicodipendente. Può essere, infatti, disposta nei confronti di quest'ultimo, ai sensi dell'art. **90** D.P.R. n. 309/1990 (come modificato dalla Legge n. 49/2006), la **sospensione dell'esecuzione della pena detentiva** per una durata di **cinque** anni.

Requisiti per l'ammissione al "beneficio" sono: pena, inflitta o da espiare in concreto, non **superiore a sei anni** di reclusione, ovvero a **quattro** se relativa a titolo esecutivo comprendente delitto di cui all'art. 4-*bis* O.P.; l'avere il soggetto riportato la condanna per reati commessi in relazione al proprio stato di **tossicodipendente**; l'essersi l'interessato sottoposto o l'avere in corso un **programma terapeutico** e **socio-riabilitativo** eseguito presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata autorizzata ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 309/1990 (art. 90, comma 1, D.P.R. n. 309/1990).

Il Tribunale di Sorveglianza, qualora il richiedente si trovi in disagiate condizioni economiche, può altresì sospendere (anche) l'esecuzione della pena pecuniaria che non sia stata già riscossa.

La **sospensione** dell'**esecuzione** – che rende inapplicabili le misure di sicurezza, nonché le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna, a meno che non si tratti della confisca, ma non si estende alle obbligazioni civili nascenti da reato – non può essere, tuttavia, concessa, e la relativa domanda è inammissibile, qualora nel periodo compreso tra l'inizio del programma e la pronuncia del provvedimento il condannato abbia commesso altro delitto non colposo punibile con la reclusione (art. 90, commi 2 e 3, D.P.R. n. 309/1990).

All'**istanza** per l'ammissione al "beneficio" va allegata, pena l'inammissibilità, certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi, prevista dal comma 2, lettera d), art. 116 D.P.R. n. 309/1990, attestante la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo prescelto, l'indicazione della struttura, le modalità di realizzazione e i risultati conseguiti a seguito del programma stesso.

Se l'ordine di carcerazione sia stato già eseguito, la domanda va presentata al Magistrato di Sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione, il quale, laddove l'istanza di sospensione dell'esecuzione sia ammissibile e sussistano i presupposti per il suo accoglimento, un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato detentivo e l'assenza del pericolo di fuga, può disporre l'applicazione provvisoria del "beneficio" (art. 91, D.P.R. n. 309/1990).

Qualora nei cinque anni successivi al provvedimento di sospensione non sia commesso un delitto non colposo punibile con la reclusione, le pene e ogni altro effetto penale si estinguono; in caso contrario, è prevista la revoca del "beneficio" (art. 93, D.P.R. n. 309/1990). Quest'ultimo, in ogni caso, non può essere concesso più di una volta (art. 90, comma 4, D.P.R. n. 309/1990).

La Corte Costituzionale, con sentenza 27 marzo 1992, n. 133 [94], ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 90, D.P.R. n. 309/1990, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui "prevede un pari trattamento penale per l'ipotesi di uso di droghe leggere o di consumo occasionale e per quella di droghe pesanti o di consumo abituale e l'applicazione solo a quest'ultima della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per l'attuazione di un programma terapeutico o socio-riabilitativo".

A fondamento della pronuncia della Corte vi è la considerazione che l'ammissione al "beneficio" presuppone uno stato di tossicodipendenza non riscontrabile nei consumatori occasionali o in quelli abituali di sostanze psicotrope leggere che non inducono assuefazione. Dalla normativa non si evince, tuttavia, alcuna limitazione in ordine al tipo di stupefacente che abbia determinato nel condannato lo stato di dipendenza, unico elemento giuridicamente rilevante.

Sulla scorta di tali riflessioni, la Corte conclude affermando che nella normativa nessuna disparità di trattamento sussiste in ordine al tipo di sostanza cui va ricollegato lo stato di tossicodipendenza.

A differenza dell'affidamento in prova *in casi particolari*, che, in quanto misura alternativa alla detenzione, consiste in una modalità di esecuzione della pena, attraverso l'istituto in esame si sospende l'applicazione della sanzione. Il "beneficio" *de quo* è connotato, pertanto, da una minore afflittività di quella caratterizzante l'affidamento per tossico o alcool-dipendenti.

3.3.2. *L'affidamento in prova* in casi particolari *(art. 94, D.P.R. n. 309/1990)*

Assente dalla previsione del legislatore del 1975, l'**affidamento in prova *in casi particolari*** per soggetti **tossico o alcool-dipendenti** è stata affiancata all'ipotesi di carattere generale dalla Legge 21 giugno 1985, n. 297, attraverso l'introduzione nel sistema penitenziario dell'art. **47-*bis***; articolo successivamente riscritto, assieme all'art. 47 O.P., dalla Legge n. 663/1986, a seguito del cui intervento risulta innalzato a tre anni l'iniziale limite di pena di due anni e sei mesi per l'ammissione al "beneficio" ed estesa la concessione della misura anche al condannato che, pur non avendo in corso al momento della richiesta un'attività terapeutica, abbia comunque manifestato l'intenzione di intraprendere un programma di recupero.

L'intero contenuto dell'art. 47-*bis* è stato, quindi, riprodotto nell'art. **94, D.P.R. n. 309/1990** (T.U. in materia di stupefacenti); e il D.L. 14 maggio 1993, n. 139, conv. in Legge 14 luglio 1993, n. 222, ha ulteriormente elevato a **quattro** anni il **limite di pena** detentiva, inflitta o da espiare in concreto, per l'applicazione dell'istituto in esame.

La Legge 27 maggio 1998, n. 165, ha formalmente eliminato, al fine di cancellare inutili ripetizioni relative alla presenza nel nostro sistema di due disposizioni normative disciplinanti la medesima materia, l'art. 47-*bis*, da certa giurisprudenza[95] già ritenuto, comunque, implicitamente abrogato dal successivo art. 94, D.P.R. n. 309/1990.

Ai sensi dell'art. 94-*bis* O.P., previsto dalla Legge n. 251/2005, il summenzionato limite di pena per l'ammissione al "beneficio" è nuovamente ridotto a **tre anni**, quando trattasi di persona condannata con l'aggravante di cui al comma 4, art. 99 c.p.

Tale articolo, a distanza di due mesi e mezzo dalla sua introduzione, è stato abrogato dalla recente Legge 21 febbraio 2006, n. 49.

L'ultimo intervento normativo in materia ha ulteriormente innalzato il limite di pena detentiva, anche residua, ai fini della concessione della misura, a sei anni, ovvero a **quattro** se relativa a titolo esecutivo comprendente delitto di cui all'art. 4-*bis* O.P.

Attraverso tale specifica forma di affidamento si vuole offrire al soggetto tossico o alcool-dipendente l'opportunità di proseguire o intraprendere un programma terapeutico e socio-riabilitativo che la detenzione in carcere di fatto impedirebbe. L'intento dichiarato dal legislatore è, pertanto, quello di rendere effettiva la funzione risocializzativa della pena attraverso la rieducazione, innanzitutto, fisica del condannato; e al tempo stesso assicu-

rare, in ogni caso, l'indefettibilità dell'esecuzione della sanzione.

Per la configurabilità dell'istituto sono richiesti i seguenti presupposti: una pena detentiva non superiore a **sei anni**, ovvero a **quattro** se relativa a titolo esecutivo comprendente delitto di cui all'art. 4-*bis* O.P., da eseguirsi nei confronti di **persona tossico o alcool-dipendente**; l'avere l'interessato in corso o l'essere intenzionato a sottoporsi a un **programma** di **recupero**; l'avere il soggetto **concordato** tale programma con una **A.S.L.** o con una struttura privata autorizzata ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 309/1990; la sussistenza di una **certificazione** rilasciata da una **struttura sanitaria pubblica** ovvero **privata** (accreditata per l'attività di diagnosi ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 309/1990) attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcooldipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, l'andamento del programma concordato eventualmente in corso e la sua idoneità, ai fini del recupero del condannato, da allegare, pena l'inammissibilità, alla domanda, per la cui presentazione **non sono previsti limiti temporali** (art. 94, comma 1, D.P.R. n. 309/1990).

Quanto alla procedura per l'ammissione al "beneficio", a seconda dello stato dell'interessato diversa sarà la norma di riferimento.

Nei confronti di *persona **libera*** trovava applicazione, prima di essere abrogato dalla Legge 21 febbraio 2006, n. 49, il **comma 3** dell'art. **91**, D.P.R. n. 309/1990; l'accesso alla misura dallo *status libertatis* non è, pertanto, più disciplinato dal Testo Unico in esame.

Qualora si tratti, invece, di *persona **detenuta***, si configureranno due ipotesi. La prima è regolata dal **comma 5** dell'art. **656** c.p.p., che attribuisce il compito di sospendere l'esecuzione della pena, quando questa, anche se residuo di una maggiore, non superi gli anni tre ovvero i sei nei casi, per l'appunto, di soggetti tossico o alcooldipendenti, al pubblico ministero, al quale va presentata, **entro trenta giorni** dalla notifica della sospensione, la domanda volta a ottenere la concessione dell'affidamento in prova *in casi particolari*. Emerge chiaro dal dettato normativo la necessità della conoscenza, da parte del p.m., dello stato di tossico o alcooldipendenza dell'interessato, proprio per distinguere le forme di sospensione relative a condanne non superiori a tre anni da quelle comprese nel più ampio limite di sei anni.

Quanto alla seconda ipotesi, sempre relativa a una domanda presentata dopo che l'ordine di carcerazione sia stato già eseguito, il nuovo **comma 2** dell'art. **94** D.P.R. n. 309/1990 stabilisce che il Magistrato di Sorveglianza, laddove l'istanza sia ammissibile e sussistano i presupposti per il suo accoglimento, un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato detentivo e l'assenza del pericolo di fuga, può disporre l'applicazione provvisoria della misura alternativa.

Se, infine, la *persona* è agli ***arresti domiciliari***, si applica il **comma 10**, art. **656** c.p.p., ai sensi del quale il pubblico ministero **sospende l'esecuzione** dell'ordine di **carcerazione** e trasmette immediatamente gli atti al Tribunale di Sorveglianza affinché disponga l'eventuale applicazione della misura in esame; sino alla pronuncia il soggetto permane nello stato detentivo nel quale si trova e il corrispondente tempo trascorso è da considerare come pena espiata.

Il Tribunale di Sorveglianza, ricevuti gli atti, fissa senza indugio la data della trattazione, dandone avviso, almeno cinque giorni prima, al pubblico ministero, al difensore e al richiedente, la cui domanda sarà dichiarata inammissibile nell'ipotesi in cui egli non sia raggiungibile nell'eletto domicilio dall'avviso medesimo, né compaia all'udienza (art. 92, comma 1, D.P.R. n. 309/1990); e, ai fini della decisione, il Tribunale dovrà accertare che lo stato di tossico o alcooldipendenza non sia preordinato al conseguimento del "beneficio" (art. 94, comma 3, D.P.R. n. 309/1990).

Ove l'affidamento in prova *in casi particolari* sia concesso, sono impartite quelle prescrizioni volte a determinare le modalità di esecuzione del programma e ad accertare che questo abbia immediatamente inizio o prosecuzione; la data del relativo verbale costituisce l'inizio di esecuzione della pena (art. 94, comma 4, D.P.R. n. 309/1990).

La misura non può essere disposta più di due volte (art. 94, comma 5, D.P.R. n. 309/1990); ai sensi del nuovo comma 6-*bis*, art. 94 D.P.R. n. 309/1990, qualora l'interessato abbia concluso positivamente la parte terapeutica, il Magistrato di Sorveglianza può, previa rideterminazione delle prescrizioni, disporre la prosecuzione, ai fini del reinserimento sociale, dell'affidamento, nella forma prevista dall'art. 47 O.P., anche qualora la pena residua sia superiore ai tre anni.

Funzioni di controllo sono attribuite, infine, al responsabile della struttura cui viene delegata la funzione socioriabilitativa, che è tenuto a segnalare all'autorità giudiziaria, pena la revoca dell'autorizzazione di cui all'art. 116, D.P.R. n. 309/1990, ogni eventuale violazione integrante reato da parte dell'affidato.

La rigidità contrassegnante le regole dettate dai programmi terapeutici rende l'istituto in esame, agli occhi dei soggetti interessati, connotato di un'afflittività talvolta superiore addirittura alla stessa detenzione in carcere[96].

E la riforma apportata alla disciplina in esame dalla Legge 21 febbraio

2006, n. 49, comporta un ampliamento del ricorso alle comunità private, che potranno accedere ai finanziamenti pubblici e, sottratte definitivamente al controllo dei Ser.T., prendere in diretta gestione il tossicodipendente, rilasciarne la certificazione necessaria ai fini della concessione della misura e predisporne, altresì, il piano terapeutico e la somministrazione del metadone, dando luogo a un vero e proprio "*business* della disintossicazione".

3.3.3. *Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater *O.P.)*

A solo un anno dalla Legge "Simeone", che ampie modifiche aveva già apportato agli istituti di cui agli artt. 47 e 47-*ter* O.P., ampliandone la casistica soprattutto laddove situazioni di salute particolarmente gravi lo imponevano, la Legge n. 231/1999 ha introdotto nel sistema penitenziario l'art. 47-*quater*[97], estendendo l'opportunità di usufruire dell'**affidamento in**

prova al servizio sociale e della **detenzione domiciliare**, **oltre i limiti di pena** da questi previsti, anche ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria.

L'obiettivo dichiarato dal legislatore del 1999 è quello di rendere effettivo, attraverso la norma in esame, il principio dell'incompatibilità tra stato detentivo e infezione da HIV, già affermato nel precedente intervento del 1993, e di offrire, di conseguenza, concrete possibilità di cura in idonee strutture a persone interessate da una patologia in crescente aumento tra la popolazione dei reclusi.

A giudizio di una parte della dottrina [98], l'art. 47-*quater* non contempla ulteriori misure alternative alla detenzione, ma particolari ipotesi dei "benefici" di cui agli artt. 47 e 47-*ter* O.P. Altra dottrina [99] stigmatizza, invece, l'eccessivo snaturamento degli istituti in esame, al punto da far dubitare, in particolare per l'affidamento, che quella prevista dall'art. 47-*quater* sia la medesima misura contemplata dall'art. 47 O.P.

I presupposti per la concessione di tali peculiari forme di affidamento in prova e detenzione domiciliare sono: persona **condannata** o **internata** affetta da **AIDS conclamata** o da **grave deficienza immunitaria**, accertate ai sensi del comma 2, art. 286-*bis* c.p.p.; l'avere l'interessato in corso o l'essere intenzionato a intraprendere un **programma di cura e assistenza** presso le **unità operative** di malattie infettive ospedaliere e universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS (art. 47-*quater*, commi 1 e 10, O.P.).

L'istanza di ammissione al "beneficio" deve essere corredata di **certificazione** del **servizio sanitario** pubblico competente o penitenziario, attestante la sussistenza delle condizioni di salute ivi indicate e la concreta attuabilità del programma di cura e assistenza, in corso o da effettuare, presso le citate unità (art. 47-*quater*, comma 2, O.P.).

Un limite all'applicabilità degli istituti in esame è rappresentato dall'eventualità che il soggetto abbia già usufruito di analoga misura alternativa e che questa sia stata revocata da meno di un anno; non operano, viceversa, le preclusioni per i reati di cui all'art. 4-*bis* O.P. (art. 47-*quater*, commi 5 e 9, O.P.).

Ai fini dello svolgimento delle misure sono impartite prescrizioni, aventi

a oggetto anche le modalità di esecuzione del programma, per la cui attuazione, nello specifico caso di concessione della detenzione domiciliare, è attribuita una funzione di attività di **sostegno** e di **controllo** ai centri di **servizio sociale** per adulti, adesso UEPE (art. 47-*quater*, commi 3 e 4, O.P.).

Ai sensi del comma 6, qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto a misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., relativamente a fatti commessi successivamente alla concessione del "beneficio", questo sarà **revocato**. In tale ipotesi o nel caso in cui l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare non siano stati concessi, poiché già oggetto di revoca da meno di un anno, il giudice, ai sensi del comma successivo, dispone che il soggetto sia detenuto, comunque, presso un istituto penitenziario dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie.

Per quanto, infine, non espressamente disposto dall'art. 47-*quater*, il comma 8 rinvia all'art. 47-*ter* O.P.

Il legislatore del '99 ha cercato di contemperare opposte esigenze: la volontà di riaffermare, da un lato, il principio dell'indefettibilità della sanzione punitiva, che un inflazionato ricorso all'art. 146 c.p., disciplinante un'ipotesi di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena nei confronti di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, avrebbe svuotato; e la necessità di difendere, dall'altro, i principi costituzionali di cui agli artt. 27, comma 3 ("Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità ..."), e 32 ("La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività ...") Cost.

Numerose perplessità ha, tuttavia, suscitato in dottrina tale tentativo. È stato [100], infatti, osservato come l'art. 47-*quater* contempli, ai fini della concessione dei "benefici" in esame, esclusivamente quelle ipotesi di AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria, per definire le quali si fa ricorso a criteri non sempre oggetto di unanimità di consensi in campo medico-legale. In particolare, per individuare le sindromi da grave immuno-deficienza si fa riferimento agli accertamenti diagnostici, quale il risultato dei livelli linfocitari, che non garantiscono uniformità di valutazione (si pensi alla variante del diverso grado di affidabilità che offrono i laboratori di analisi), né possono tenere il passo con i continui progressi raggiunti in ambito scientifico [101]. Rimangono, pertanto, fuori dalla previsione legislativa tutti gli altri casi di infezione da HIV, che, pur non rientrando nei rigidi parametri ministeriali, presentano, comunque, incompatibilità con lo stato

detentivo; si determinano, in tal modo, situazioni di disparità di trattamento tra malati affetti da una medesima patologia.

A conclusione delle riflessioni fin qui svolte, la Legge “Simeone”, attraverso i commi 1 e 1-*ter* dell’art. 47-*ter*, pur predisponendo soluzioni di carattere generale, sembra garantire – nei confronti dei soggetti incompatibili con il carcere per motivi di salute – una maggiore uniformità di trattamento e un minor grado di incertezza interpretativa.

CAPITOLO 4

IL TRATTAMENTO: I DIRITTI DEL DETENUTO TRA MISURE SOSPENSIVE, DI SOSTEGNO, E FORME DI (ULTERIORE) PREMIALITÀ

4.1. *Il rinvio, obbligatorio e facoltativo, dell'esecuzione della pena*

4.1.1. *L'ambito di applicabilità*

Il vigente codice penale sancisce che l'esecuzione della pena debba essere, immancabilmente, sospesa al realizzarsi dei presupposti di cui all'art. 146 (rubricato "rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena"). Analogo

rinvio, inoltre, può essere concesso, ma in tal caso all'esito di una valutazione discrezionale del giudice, realizzandosi le fattispecie previste dall'art. 147 ("rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena") e dall'art. 148 ("infermità psichica sopravvenuta al condannato") [1].

Si viene in tal modo a verificare un ulteriore (anche se, in tal caso, potenzialmente transitorio) scarto tra pena minacciata, pena irrogata e pena concretamente eseguita. Tuttavia, al contrario di quanto deve ritenersi con riferimento ad analoghe previsioni legislative, la scelta dei *conditores* appare in tal caso opportuna, essendo correlata a situazioni di gravissimo pericolo per la salute o al diritto di infanti di essere accuditi dalla propria madre nella prima fase della propria esistenza [2].

Le disposizioni in oggetto appaiono dunque comprensibili ai consociati, non concretandosi, tramite esse, le negative conseguenze politico-criminali che sovente accompagnano 'dislessiche' previsioni del legislatore che, sempre più, oramai da decenni, rendono l'applicazione della pena prevista per la commissione di un reato una eventualità pressoché irrealizzabile.

Con riferimento al rinvio obbligatorio [3] della pena, deve sottolinearsi come l'ambito applicativo di tale istituto sia dal legislatore configurato in termini amplissimi, essendo precluso tale rinvio solo in presenza di pene pecuniarie, come si desume, oltre che dalla lettera dell'art. 146 c.p. (l'applicazione di una pena, *che non sia pecuniaria* ...), anche dal disposto dell'art. 148 c.p., che, nel disciplinare l'ipotesi di differimento o sospensione della pena in caso di infermità psichica sopravvenuta al condannato, si riferisce unicamente ai casi di "pena restrittiva della libertà personale" [4].

Contrariamente a quanto potrebbe ritenersi, crediamo che l'inoperatività del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena in presenza di pene meramente pecuniarie, non connoti anche il rinvio facoltativo, il quale è disciplinato dall'art. 147 c.p., che si riferisce unicamente alla "pena", senza operare distinzione alcuna.

Né, d'altronde, potrebbe invocarsi l'applicazione del procedimento analogico (sostenendosi che la non operatività, in presenza di pene meramente pecuniarie, dell'istituto del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena andrebbe desunto dall'analoga disciplina contenuta nell'art. 146 c.p.): esso, in tal caso, opererebbe in *malam partem*, e sarebbe dunque incompatibile con l'espresso divieto sancito dall'art. 14 delle disp. prel. al c.c., nonché con l'art. 25, comma 2, Cost., interpretato secondo la sua più moderna accezione[5].

Nel senso della applicabilità del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena anche in presenza di pene meramente pecuniarie, depone anche il dettato dell'art. 211-*bis* c.p. il quale, nel disciplinare il rinvio dell'esecuzione delle misure di sicurezza, non lo limita a quelle detentive, ma lo estende a tutte le misure di sicurezza personali (art. 211-*bis*, comma 1 c.p.), e – dunque – anche a quelle patrimoniali, disciplinate dagli artt. 236 ss. c.p., tra le quali figura anche la "cauzione di buona condotta" (art. 237 c.p.), costituita appunto dal deposito, presso la cassa delle ammende, di una somma di danaro.

La questione dell'applicabilità del rinvio facoltativo della pena in presenza dell'irrogazione di una pena unicamente pecuniaria, perde, invero, molta della sua rilevanza pratica ove si osservi che essa non può porsi nelle ipotesi di cui all'art. 147, comma 1, nn. 2 e 3, che si riferiscono unicamente a pene restrittive della libertà personale. Residua la possibilità che – ai sensi dell'art. 147, comma 1, n. 1, c.p. – venga presentata domanda di grazia, in relazione ad una condanna ad una pena esclusivamente pecuniaria. Pur apparendo improbabile una simile eventualità, tale ipotesi non può essere esclusa ai sensi della normativa disciplinante la grazia (artt. 174 c.p. e 674 c.p.p.), e deve dunque essere presa in considerazione, giungendosi, per le considerazioni svolte, alla conclusione di ritenere applicabile

l'istituto di cui all'art. 147 c.p. anche in presenza dell'irrogazione di una pena pecuniaria [6].

A tale ambito oggettivo di applicazione, ne corrisponde uno soggettivo altrettanto ampio: è significativa, in proposito, la pronuncia con la quale la Corte di Cassazione [7] – nel sottolineare come l'accesso alle misure alternative alla detenzione fosse precluso ai condannati per i reati di cui alla prima parte dell'art. 4-*bis* ord. pen. – ha tuttavia precisato che tale limitazione soggettiva non sussiste in relazione alle misure "della sospensione obbligatoria o facoltativa della pena giustificate dalle condizioni di salute, ai condannati per reati gravi".

4.1.2. *Dettato e* ratio *della normativa in tema di rinvio dell'esecuzione della pena (e delle misure di sicurezza). Il rinvio, obbligatorio e facoltativo, dell'esecuzione della pena*

In virtù del dettato degli articoli 146, 147, 148, 211-*bis* c.p., è dunque possibile che alla pena irrogata dall'autorità giudiziaria non segua (o, quantomeno, non segua immediatamente) l'esecuzione della stessa.

La *ratio* di tale statuizione, oltre che nella salvaguardia della salute, fondamentale diritto dell'individuo ai sensi dell'art. 32 Cost., riteniamo debba essere individuata, più che nella tutela della famiglia (art. 31, comma 1, Cost.), come suole ritenersi in dottrina [8], nella tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù, espressamente sancita dall'art. 31, comma 2 Cost. [9].

Pur non potendosi disconoscere la rilevanza attribuita dalla Costituzione alla famiglia, quale formazione sociale indispensabile ai fini della formazione della personalità dell'individuo [10], non può tuttavia ritenersi che nella tutela della stessa possa rinvenirsi la *ratio* della scelta legislativa di consentire, sussistendo talune condizioni, il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena.

Difatti, l'art. 29 della Cost., al comma 1, con una disposizione solennemente collocata in apertura della Parte I ("diritti e doveri dei cittadini"), titolo II ("rapporti economico sociali"), espressamente sancisce che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

Ebbene, l'art. 146 c.p.(riferendosi a "donna incinta" ed a "madre") prescinde, ai fini della concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, dall'esistenza di un matrimonio, e, dunque, di una famiglia così come intesa dalla Carta Costituzionale.

È, dunque, a tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù che l'art. 146 [11], sancisce al primo comma l'obbligatorio differimento della pena, ove essa debba aver luogo nei confronti di donna incinta (art. 146, comma 1, n. 1) oppure di madre di infante di età inferiore ad anni uno (art. 146, comma 1, n. 2). Tale ultima fattispecie, al fine di garantire una maggior tutela ad infanzia e maternità, è stata modificata in senso ampliativo dalla Legge n. 40/2001: prima della sua entrata in vigore, difatti, la previsione del comma 1, n. 2, era limitata alle madri con prole di età inferiore ai mesi sei.

Nelle ipotesi appena descritte, tuttavia, cause ostative all'ottenimento del beneficio (o, ove intervengano successivamente alla concessione dello stesso, fondanti la sua revoca) sono dal comma 2 dell'art. 146 c.p. individuate nell'interruzione della gravidanza; nella dichiarazione di decadenza della madre dalla potestà sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile; nella morte del figlio, nel suo abbandono o affidamento ad altri, semprеché, nel caso dell'interruzione di gravidanza o del parto, essi siano avvenuti da oltre due mesi [12].

L'art. 146, comma 1, n. 3, c. p., disciplina invece fattispecie la cui previsione non genera alcun dubbio in merito all'interesse tutelato, rinvenibile nel diritto alla salute: oggetto dell'attenzione legislativa, tuttavia, non è esclusivamente la salute del singolo individuo. Difatti, nell'individuazione dell'interesse oggetto di tutela della norma, assume un'importanza non minore la necessità di tutelare, ove si sia in presenza di malattie contagiose, la salute degli altri detenuti, evitando il rischio che essi vengano contagiati. Tale disposizione, introdotta nella sua attuale formulazione dalla Legge 12 luglio 1999, n. 231, sancisce, a tal fine, l'obbligatorietà del rinvio dell'ese-

cuzione della pena a favore del condannato affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis,* comma 2, c.p.p., ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trovi in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative [13].

Con riferimento ad AIDS conclamata ed a grave deficienza immunitaria, va rilevato che la loro definizione viene rinviata dall'art. 286-*bis*, comma 2, c.p.p., a decreto del Ministro della Sanità, da adottarsi di concerto con il Ministro di Grazia e Giustizia: con colpevole ritardo, tale decreto è stato emanato solo il 21 ottobre 1999 [14]. Esso, in attuazione dell'art. 286-*bis*, comma 2, c.p.p., ha anche stabilito le procedure diagnostiche e medico legali per l'accertamento dello stato patologico: deve ritenersi che il soggetto richiedente la sospensione abbia un vero e proprio diritto all'espletamento di una perizia medico legale volta ad accertare le proprie condizioni di salute, soprattutto nei casi relativi ad AIDS conclamata od a grave deficienza immunitaria [15].

A tal riguardo va rilevato come, opportunamente, il C.S.M. [16] abbia precisato che “la competenza del Tribunale di sorveglianza in tema di rinvio dell'esecuzione, ribadita ed ampliata dall'art. 684 del codice di procedura penale, rende quanto mai utile la presenza di almeno un medico fra gli esperti, atteso che i problemi nascenti in materia di rinvio dell'esecuzione sono per lo più collegati alle condizioni di salute del richiedente”. Ciò, si legge inoltre nella circolare del C.S.M., in quanto “il rimando ope-

rato dall'art. 70, comma 3, O.P., alle categorie di esperti previsti dall'art. 80, comma 4, stessa legge, a proposito delle attività di osservazione e di trattamento, è stato effettuato quando il rinvio dell'esecuzione non rientrava fra le competenze del Tribunale di sorveglianza. Appare quindi giustificato che si proceda alla nomina di uno o più laureati in medicina e chirurgia".

L'art. 146, comma 1, n. 3, c.p., rappresenta il frutto di un complesso percorso giurisprudenziale e legislativo. Tale disposizione, difatti, dapprima fu modificata dal D.L. 14 maggio 1993, n. 139 (convertito nella Legge 14 luglio 1993, n. 222), il cui articolo 2 aggiunse al primo comma dell'art. 146 del codice penale il n. 3, che delineava l'obbligo del rinvio dell'esecuzione della pena, ove la stessa dovesse aver luogo "nei confronti di persona affetta da infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione ai sensi dell'art. 286-*bis,* comma 1, c.p.p." [17].

E, due anni più tardi, su di essa produsse significativi effetti la pronuncia [18] con la quale la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 286-*bis*, comma 1, c.p.p. "nella parte in cui stabili[va] il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate, anche quando sussist[essero] le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, comma 4, del medesimo codice, e l'applicazione della misura po[tesse] avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti". La Consulta, in altri termini, sanciva la mancanza di ragionevolezza della previsione di un divieto assoluto di custodia cautelare in carcere stabilito per i soli ammalati di AIDS, in contrasto con la regola generale che consente, anche nel caso di malattie altrettanto gravi, l'adozione della misura carceraria. Sulla base di tale considerazione, la Corte – sostanzialmente – riservava al giudice di merito il compito di verificare caso per caso, se – tenuto conto anche delle strutture disponibili – la custodia in carcere potesse essere disposta senza pregiudizio per la salute del soggetto e degli altri detenuti [19].

Le stesse ragioni che avevano indotto la Consulta a sanzionare con una declaratoria di incostituzionalità la disposizione che determinava una (implicita) disparità di trattamento ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere, indussero il legislatore – a distanza di pochi anni – a mo-

dificare (con la Legge 12 luglio 1999, n. 231) l'art. 146, comma 1, n. 3, c.p., estendendo alle persone affette da "grave deficienza immunitaria" il diritto – già previsto per i malati di AIDS – di ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena.

La scelta di politica-criminale sottesa alla previsione di cui all'art. 146 c.p., che sancisce, al verificarsi delle situazioni ivi descritte, l'obbligatorio rinvio dell'esecuzione della pena, appare del tutto incompatibile con un sistema di diritto penale assiologicamente orientato ai principi di politica criminale e, in particolare, con le funzioni che la vigente Costituzione assegna alle conseguenze sanzionatorie [20].

In particolare, dal punto di vista special-preventivo (inteso, ovviamente, in senso positivo, quale sinonimo di tendenza alla rieducazione), non pare che la scelta di assicurare sempre e comunque il rinvio dell'esecuzione della pena abbia una positiva incidenza sulla personalità del condannato.

Tale considerazione appare ancor più fondata ove si consideri che il giudice competente non ha la possibilità di disporre un beneficio di diverso contenuto (ad esempio, l'affidamento in prova al servizio sociale o la detenzione domiciliare) il quale, pur tutelando la salute del condannato, meglio si adegui alla fattispecie concreta, tenendo conto anche degli interessi della collettività. Questi ultimi – seriamente minacciati dalla potenziale reiterazione di reati da parte di soggetti che, anche a cagione della propria malattia, potrebbero considerare la possibilità di delinquere impuniti – appaiono scarsamente tutelati dalla previsione in oggetto, con le indubbie conseguenze negative dal punto di vista general-preventivo, nel suo aspetto positivo (scelte politico-criminali di tal fatta non sembrano in grado di accrescere il consenso dei destinatari del precetto nei confronti delle scelte del legislatore e, dunque, di orientare culturalmente gli stessi) e negativo (il sistema penale perde la propria capacità intimidatoria nei confronti di ulteriori, potenziali autori dei reati, a maggior ragione nel contesto ordinamentale vigente, che prevede numerosissime deroghe al principio della corrispondenza tra pena minacciata, irrogata ed eseguita) [21].

La validità di tali osservazioni è, a nostro avviso, rafforzata dalla impossibilità, ove il condannato che abbia beneficiato del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena commetta ulteriori delitti, di revocare o sospendere il provvedimento di rinvio: nulla dispone al riguardo l'ordinamento penitenziario, mentre simile previsione è contenuta unicamente nell'art. 146, comma 2, c.p., per le ipotesi di donna incinta, nonché di madre di infante di età inferiore ad anni uno ovvero nei casi di interruzione della gravidanza, di morte, abbandono o affidamento ad altri del figlio, o di decadenza dalla potestà su quest'ultimo.

Alla luce di quanto abbiamo rilevato, ben comprendiamo le motivazioni dalle quali trae origine l'orientamento giurisprudenziale[22] che, pur in mancanza di espressa previsione di legge, ha ritenuto revocabile il beneficio *de quo* in presenza di un mutamento in *melius* delle condizioni di salute: esso, tuttavia, suscita perplessità, non potendo – in nessun caso – violarsi il principio di legalità, unitamente alle esigenze di garanzia ad esso sottese.

L'art. 147 c.p., che disciplina il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, è posto a tutela della salute (art. 147, comma 1, n. 2), di maternità, infanzia e gioventù (art. 147, comma 1, n. 3) ovvero in considerazione delle implicazioni politico-criminali connesse alla presentazione della domanda di grazia (art. 147, comma 1, n. 3).

L'art. 147 c.p., a differenza di quanto sancito dall'art. 146 in tema di rinvio obbligatorio, lascia all'autorità giudiziaria competente (il giudice "può" differire la pena, stando al comma primo) la valutazione discrezionale in merito al rinvio dell'esecuzione della pena, ove sia presentata domanda di grazia[23] ovvero debba essere eseguita pena restrittiva della libertà personale nei confronti di soggetto in condizioni di grave infermità fisica ovvero di madre di prole di età inferiore ai tre anni[24].

Risulta evidente, per queste ultime due fattispecie astratte, la potenziale 'interferenza' con la previsione dell'art. 146 c.p.: va tuttavia rilevato che le disposizioni contenute nell'art. 146 (relative a "donna incinta"; "madre di infante inferiore ad anni uno"; "persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria") appaiono speciali rispetto a quelle oggetto dell'art. 147 c.p. (riferite a chi si trovi in "condizioni di grave infermità fisica" nonché a chi sia "madre di prole di età inferiore a tre anni").

Ne deriva che – in applicazione dell'art. 15 c.p., che sancisce la vigenza nel nostro ordinamento del principio secondo il quale *lex specialis derogat generali* – in presenza di fattispecie concrete sussumibili in entrambe le disposizioni normative *de quibus*, sarà applicabile, a nostro avviso, l'art. 146 c.p. e non il successivo articolo 147.

Con una disciplina meno criticabile, dal punto di vista politico-criminale, rispetto a quella di cui all'art. 146 c.p., l'art. 147 statuisce inoltre che l'autorità giudiziaria competente, non solo potrà ritenere meglio rispondente alle esigenze della fattispecie concreta una misura alternativa[25], ma – in virtù dell'introduzione, con la Legge n. 40/2001, del comma 4 all'art. 147 c.p. – "se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti" le sarà inibito di concedere il beneficio, e, ove esso sia stato già concesso, dovrà revocarlo[26].

4.1.3. *Infermità psichica sopravvenuta al condannato: art. 148 c.p.*

Ulteriore ipotesi di rinvio dell'esecuzione della pena è quella prevista dall'art. 148 c.p., al fine di tutelare la salute (nel cui concetto è ovviamente da intendersi ricompresso anche l'aspetto mentale) del condannato e della persona ristretta. Ai sensi di tale disposizione "se, prima dell'esecuzione di una pena

restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia" (art. 148, comma 1, prima parte).

Tale ricovero, dispone inoltre l'art. 69, comma 8, della Legge n. 354/1975, è disposto dal Magistrato di Sorveglianza, allorché all'esito dalle analisi effettuate ai sensi dell'art. 112 del D.P.R. n. 230/2000 ("accertamenti delle infermità psichiche"), risulti che l'infermità sussiste.

L'infermità mentale[27], dunque, non rileva esclusivamente ai fini dell'imputabilità (artt. 88-89 c.p.) e della partecipazione al processo dell'imputato (artt. 70 e 71 c.p.p.), ma anche per ciò che riguarda l'esecuzione della pena, la quale, in virtù della finalità rieducativa sancita dall'art. 27, comma 3, Cost., deve necessariamente interessare soggetti in grado di comprenderne il significato.

È anche previsto, per il giudicante, un ulteriore elemento di discrezionalità, potendo egli "disporre che il condannato, invece che in un ospedale psichiatrico giudiziario, sia ricoverato in un ospedale psichiatrico comune[28] se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale, o professionale, o di delinquente per tendenza" (art. 148, comma 1, II parte).

Prevede inoltre il comma 2 dell'art. 148 c.p., che "il provvedimento di ricovero è revocato, e il condannato è sottoposto alla esecuzione della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento".

L'art. 148 c.p. dà origine ad un apparente concorso di norme con gli articoli 33 e seguenti della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 (disciplinanti il

trattamento sanitario obbligatorio): anche in questo caso, tuttavia, sarà l'art. 148 c.p., in quanto disposizione speciale, ad essere applicabile in presenza di una fattispecie concreta riconducibile ad entrambe le citate normative, in applicazione del principio "*lex speciali derogat generali*", sancito dall'art. 15 c.p.[29].

Con la sentenza n. 146 del 19 giugno 1975, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo in commento "nella parte in cui prevede[va] che il giudice, nel disporre il ricovero in manicomio giudiziario del condannato caduto in stato di infermità psichica durante l'esecuzione di pena restrittiva della libertà personale, ordini che la pena medesima sia sospesa"; con la stessa pronuncia, inoltre, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo articolo "nella parte in cui prevede[va] che il giudice ordini la sospensione della pena anche nel caso in cui il condannato ria ricoverato in una casa di cura e di custodia e ovvero di un manicomio comune (ospedale psichiatrico)".

La Consulta, con tale pronuncia ha – condivisibilmente – reso computabile, quale pena scontata, il periodo di tempo che il condannato affetto da infermità psichica abbia trascorso negli istituti previsti dall'art. 148 c.p.

Previsione certamente opportuna, in quanto tendente ad evitare gli abusi che, coloro che sono affetti da inferiorità psichica, potrebbero subire da altri detenuti, mentalmente sani, è quella dell'art. 111, comma 5, D.P.R. n. 230/2000, ai sensi del quale "gli imputati e i condannati, ai quali nel corso della misura detentiva sopravviene una infermità psichica che non comporti, rispettivamente, l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza o l'ordine di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia, siano assegnati a un istituto o sezione speciale per infermi e minorati psichici".

4.1.4. *Il procedimento. La sospensione cautelare dell'esecuzione ai sensi dell'art. 684 c.p.p.*

L'art. 684, comma 1, c.p.p., attribuisce al Tribunale di Sorveglianza la competenza per i procedimenti relativi al differimento dell'esecuzione delle pene detentive nei casi previsti dagli artt. 146 e 147 del codice penale. Unica eccezione in tal senso, è dalla suddetta disposizione prevista per l'ipotesi di cui all'art. 147, n. 1, c.p., per la quale, in omaggio al principio illuministico della separazione dei poteri, la competenza per la concessione viene attribuita al Ministro di grazia e giustizia, considerata la natura prettamente politica dell'atto di concessione della grazia.

Il Tribunale, statuisce inoltre l'art. 684, comma 1, c.p.p. "ordina, quando occorre, la liberazione del detenuto e adotta gli altri provvedimenti conseguenti".

Il legislatore non ha previsto che debba essere necessariamente la parte a presentare istanza per ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena; nemmeno, tuttavia, è stata sancita la procedibilità di ufficio. Nel silenzio della normativa, dunque, occorre far ricorso a canoni interpretativi ulteriori rispetto alla mera *lettera legis.* In tal senso, attesa la natura sovraindividuale dei beni giuridici tutelati dalle norme *de quibus,* nonché in virtù della conformità di tale interpretazione a corretti principi di politica criminale, riteniamo che l'ufficio del pubblico ministero o del giudice procedente – ravvisata la sussistenza dei presupposti di legge – possa instaurare il procedimento volto a consentire che la pena venga sospesa.

Tale soluzione ermeneutica, del resto, è conforme al contesto normativo vigente che, con riferimento a tutte le misure di competenza della magistratura di sorveglianza, attribuisce al magistrato la possibilità di procedere di ufficio.

Induce inoltre a propendere per la soluzione ermeneutica qui suggerita, con particolare riferimento alle ipotesi disciplinate dagli articoli 146 e 148 c.p., anche il dato che – in presenza dei requisiti ivi indicati – il giudice è tenuto a rinviare l'esecuzione della pena, non essendo ad esso riservato alcun potere discrezionale.

Scaduto il periodo di differimento della pena, ove continuino a sussistere i presupposti che ne hanno giustificato la concessione, il Tribunale di Sorveglianza ha la possibilità di concedere nuovamente il beneficio.

In caso contrario, scaduto il termine di differimento concesso, il pubblico ministero competente deve emettere l'ordine di esecuzione della pena. La stessa, difatti, deve essere eseguita, integralmente o, nel caso di concessione successiva all'inizio dell'esecuzione, per la parte residua da espiare [30].

Va d'altronde rilevato come la Suprema Corte ritenga che non necessariamente debba essere stabilito un termine finale di differimento dell'esecuzione: in una fattispecie relativa a rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena da eseguire contro chi si trovi in condizioni di grave infermità fisica (art. 147, comma 1, n. 2, c.p.), la Cassazione ha difatti ritenuto che, pur essendo legittima in astratto l'apposizione di un termine finale al differimento dell'esecuzione, essa vada esclusa quando si sia accertata la gravità e l'irreversibilità delle condizioni cliniche del condannato. In applicazione di tale principio la Suprema Corte ha, condivisibilmente, annullato con rinvio, limitatamente alla determinazione del termine di scadenza, un'ordinanza del

Tribunale di sorveglianza che aveva disposto il differimento dell'esecuzione della pena per la durata di un anno in contrasto con il riconoscimento dell'irreversibilità delle condizioni cliniche del richiedente [31].

Rilevante, oltre che certamente opportuna, appare la previsione del comma 2 dello stesso art. 684 c.p.p., in base alla quale "quando vi è fondato motivo per ritenere che sussistano i presupposti perché il Tribunale disponga il rinvio, il magistrato di sorveglianza può ordinare il differimento della esecuzione o, se la protrazione può cagionare grave pregiudizio al condannato, la liberazione del detenuto". In tal modo, al fine di evitare irreparabili danni che – durante il tempo occorrente al Tribunale di Sorveglianza per giungere ad una decisione – potrebbero derivare dall'esecuzione della pena, viene attribuito al magistrato di sorveglianza il potere di adottare una tempestiva decisione, la quale – in virtù della natura cautelare ed in coerenza alla *ratio* della disposizione che la prevede – ha natura provvisoria (e, pertanto, secondo la giurisprudenza di legittimità, non è impugnabile) [32]: essa, dispone infatti il comma 2, II cpv., dell'art. 684 c.p.p. "conserva effetto fino alla decisione del tribunale, al quale il magistrato di sorveglianza trasmette immediatamente gli atti".

4.2. *Il rinvio dell'esecuzione delle misure di sicurezza*

Occorre ora chiedersi se, in presenza dei medesimi presupposti fondanti il rinvio dell'esecuzione delle pene, siano sospendibili anche le misure di sicurezza.

Per fornire risposta positiva a tale quesito, sino al 1999, risultava inevitabile ricorrere all'argomento dell'ammissibilità dell'estensione analogica delle norme disciplinati il rinvio dell'esecuzione della pena, in quanto favorevoli al reo e dunque non ricomprese nel divieto di analogia sancito dalla lettera dell'art. 14 delle disp. prel. al c.c. nonché dalla *ratio* dell'art. 25, comma 2, Cost., interpretato secondo la sua più moderna accezione.

La necessità del ricorso al procedimento analogico è stata superata a se-

guito dell'approvazione della Legge 12 luglio 1999, n. 231, la quale ha introdotto nel codice penale l'art. 211-*bis* ("rinvio dell'esecuzione delle misure di sicurezza") che ha sancito espressamente l'applicabilità degli artt. 146 e 147 del c.p. alle misure di sicurezza previste dal codice penale al libro I ("dei reati in generale"), titolo VIII ("delle misure di sicurezza amministrative"), capo I ("delle misure di sicurezza personali").

Sancita legislativamente la sospendibilità delle misure di sicurezza, deve anche ritenersi, contrariamente a quanto argomentatosi nel commentare la Legge marzo 2001, n. 40, che il rinvio delle misure di sicurezza sia concedibile per ogni misura di sicurezza personale, e non solo per le misure di sicurezza detentive[33].

Il legislatore, dopo aver introdotto, con la citata Legge n. 231/1999, l'art. 211-*bis* c.p., è nuovamente intervenuto, con la Legge 8 marzo 2001, n. 40, inserendo – nel suddetto art. 211-*bis* – il secondo comma, ai sensi del quale, in caso di esecuzione della misura di sicurezza "nei confronti dell'autore di un delitto, consumato o tentato, commesso con violenza contro le persone ovvero con l'uso di armi", ove "vi sia concreto pericolo che il soggetto commetta nuovamente uno dei delitti indicati, il giudice può ordinare il ricovero in una casa di cura o in altro luogo di cura comunque adeguato alla situazione o alla patologia della persona".

Tale scelta, tendenzialmente condivisibile dal punto di vista politico-criminale, lascia al giudicante un amplissima discrezionalità che, invero, rischia di creare disparità di trattamento, a fronte di fattispecie concrete analoghe, ove diversi siano gli orientamenti dei giudici competenti[34].

4.3. *La sospensione dell'esecuzione nel corso del procedimento di revisione*

L'esecuzione, sia delle pene che delle misure di sicurezza, può essere sospesa anche nel corso del procedimento di revisione.

Statuisce difatti l'art. 635 c.p.p., che "la corte di appello può in qualunque momento disporre, con ordinanza, la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, applicando, se del caso, una delle misure coercitive previste dagli articoli 281, 282, 283, 284. In ogni caso di inosservanza della misura, la corte di appello revoca l'ordinanza e dispone che riprenda l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza".

Certamente condivisibile appare il dettato di tale disposizione: in mancanza di essa, difatti, la Corte di Appello, nell'ambito di un procedimento di revisione, non avrebbe potuto (salvo, sempre problematici, ricorsi a procedimenti analogici) sospendere l'esecuzione della pena, pur in presenza di *fumus boni juris* (fondatezza nel merito delle pretese del condannato) e *periculum in mora* (pericolo connesso al ritardo nell'adozione della decisione del procedimento di revisione).

Il secondo comma dell'art. 635 sancisce, sia per il condannato che per il pubblico ministero, la possibilità di impugnare la decisione di sospensione dell'esecuzione, adottata nel corso del procedimento di revisione.

4.4. *La liberazione condizionale*

4.4.1. *La liberazione condizionale: origine storica. L'introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento: il codice Zanardelli*

L'origine storica della liberazione condizionale, certamente di stampo anglosassone, viene fatta risalire al terzo decennio del XIX, allorché, il Governatore delle colonie inglesi di Australia, concedeva, quale premio, "ai detenuti che avessero mantenuto buona condotta per un certo lasso di tempo"[35] la possibilità di stabilirsi presso i coloni: istituto questo che, lungi dall'apparire finalizzato alla rieducazione del reo, risultava strumentale alle esigenze di manodopera nelle terre colonizzate (i beneficiari del provvedimento del Governatore venivano autorizzati a stabilirsi presso i coloni) ed a quelle di abbattimento dei costi per il mantenimento dei detenuti[36].

Nel nostro ordinamento, la liberazione condizionale è stata introdotta nel 1889, con l'entrata in vigore del codice Zanardelli, il quale, agli articoli 16 e 17, prevedeva l'applicabilità di tale istituto a favore dei detenuti che, per un certo periodo di tempo, "avessero dato prove di buona condotta" [37].

La liberazione condizionale, autorevolmente definita, all'indomani dell'entrata in vigore del codice Zanardelli, "utile instrumento a procacciare l'emendamento del colpevole ed a combattere la recidiva" [38] era concedibile, in virtù del disposto dei suddetti artt. 16 e 17, al verificarsi di ben precisi presupposti, oggettivi ed soggettivi.

I primi concernevano l'entità della condanna (che doveva essere a pena detentiva non inferiore ai tre anni di reclusione), nonché della pena residua da scontare (che non doveva superare i tre anni) e della pena già scontata (almeno i tre quarti della pena inflitta).

I secondi, invece, non consentivano la concessione della liberazione condizionale ai condannati per taluni gravi delitti, quali l'associazione per delinquere, la rapina, l'estorsione, il ricatto.

Inoltre, quali ipotesi di revoca del beneficio, ove già concesso, erano previste l'avvenuta commissione di un reato che comportasse una "pena restrittiva della libertà personale" nonché l'inadempimento delle condizioni imposte al liberato condizionalmente.

Non è possibile, in tale sede, approfondire le critiche che venivano mosse a tale disciplina, salvo sottolineare come il Carrara censurasse il "ricorso generalizzato all'istituto in esame", in considerazione degli effetti negativi che l'autorevole studioso paventava potessero discenderne dal punto di vista general-preventivo [39], e come, più di recente, sia stata sottolineata l'incompatibilità dell'istituto delle liberazione condizionale, quale accolto dal codice Zanardelli, e la funzione special-preventiva delle conseguenze sanzionatorie [40].

La liberazione condizionale, sostanzialmente, veniva ridotta a mero atto di clemenza, del quale taluni detenuti non erano ritenuti degni [41] e concedibile (in conformità al principio che, all'epoca, attribuiva l'esecuzione penale alla competenza dell'autorità amministrativa) dal Ministro di Grazia e Giustizia.

4.4.2. *La disciplina della liberazione condizionale contenuta nel codice Rocco*

Il codice del 1930 disciplina la liberazione condizionale agli articoli 176 ed 177 [42], tra le cause di estinzione della pena, in base alla considerazione che "col verificarsi delle condizioni risolutive previste dalla legge, si estingue la parte di pena non ancora effettivamente espiata" [43].

Per l'ammissione alla liberazione condizionale, l'art. 176, comma 1, del vigente codice penale, richiede che il condannato, "durante il tempo di esecuzione della pena abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento", abbia "scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli" e che "il rimanente della pena non superi i cinque anni".

Le condizioni di ammissibilità alla liberazione condizionale, divengono più gravose "se si tratta di recidivo": in tal caso, il secondo comma dell'art. 176, richiede che il condannato abbia "scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli".

Un aggravamento del requisito temporale è previsto anche per condannati per i delitti di cui al comma 1, art. 4-*bis*, Legge n. 354/1975, i quali – ai sensi dell'art. 2, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella Legge 12 luglio 1991, n. 203 – per poter essere ammessi alla liberazione condizionale, devono aver scontato almeno due terzi della pena temporanea [44].

Preclude la concessione della liberazione condizionale l'aver già usufruito di tale beneficio per la medesima pena, mentre la previa concessione non è ostativa ove ottenuta in relazione a diversa pena.

Il riferimento operato, dall'art. 176 c.p., alla metà (176, comma 1, c.p.) ed ai tre quarti (per i recidivi: 176, comma 2, c.p.) della "pena inflitta" ha reso necessario valutare se, con tale espressione, il legislatore avesse voluto riferirsi alla pena iniziale, esclusa ogni riduzione successiva (ad esempio, per indulto e grazia).

Tale ipotesi, ritenuta eccessivamente rigorosa e, dunque, contrastante con le finalità dell'istituto va respinta, dovendosi invece accogliere, in accordo con dottrina e giurisprudenza maggioritarie, la soluzione che vuole calcolarsi la parte di pena già scontata assumendo quale parametro la pena inflitta al netto delle eventuali detrazioni ottenute, ad esempio, nei casi di indulto e grazia [45].

La valutazione dei suddetti livelli temporali minimi, inoltre, va operata al netto dei 45 giorni a semestre eventualmente concessi a titolo di liberazione anticipata [46].

Ciò è stato espressamente statuito, anche con riferimento ai condannati all'ergastolo, dalla Corte Costituzionale la quale – con pronuncia condivisibile – ha rilevato come i previsti livelli minimi temporali vengano "abbassati per chi usufruisca delle riduzioni di quarantacinque giorni a semestre in considerazione della sua partecipazione all'opera di rieducazione" [47].

La possibilità di accedere al beneficio della liberazione condizionale è stata (opportunamente) estesa ai condannati all'ergastolo dalla Legge 25 novembre 1962, n. 1634. Attualmente, il condannato all'ergastolo può accedere al beneficio della liberazione condizionale dopo aver scontato almeno 26 anni di pena: tale previsione è il frutto dell'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1986, n. 663, il cui art. 28 ha in tal senso modificato il terzo comma dell'art. 176 c.p., il quale, antecedentemente, richiedeva che il condannato all'ergastolo avesse scontato almeno ventotto anni di pena.

L'art. 176, comma 3 c.p. rifiuta l'idea special-preventiva negativa della pena, teorizzante la necessità della possibile 'neutralizzazione' dei delinquenti, ove ritenuti non recuperabili: in tal modo si adegua l'istituto della liberazione condizionale alla funzione specialpreventiva positiva che l'ordinamento costituzionale assegna alla pena. Anche l'esecuzione della pena nei confronti degli autori dei più gravi delitti, dunque, deve tendere alla rieducazione: come autorevolmente sostenutosi in dottrina, dunque, "ammettere gli ergastolani al beneficio della liberazione condizionale, significa rifiutare l'idea di delinquenti contro i quali non resta altra via che quella della definitiva loro eliminazione dal consorzio sociale" [48].

Deve ritenersi che, anche per gli ergastolani, beneficiando essi di un provvedimento di indulto o grazia parziale, con commutazione della originaria pena perpetua in pena detentiva temporanea, il periodo minimo non sarà più quello di 26 anni, bensì esso andrà calcolato con riferimento alla commutazione derivante dalla grazia o indulto [49].

Sempre con riferimento all'espressione "pena inflitta", va rilevato come, mentre parte della dottrina ha sostenuto che essa indichi un concetto diverso da quello di "pena da espiare" [50], altri autori hanno invece sostenuto che, ai fini della determinazione della pena che deve essere espiata per l'ammissione della liberazione condizionale, nonché del residuo da scontare, debba farsi riferimento alla pena inflitta "in concreto" e non a quella irrogata con la sentenza di condanna [51].

Il tentativo di rendere l'istituto in esame coerente con i principi costitu-

zionali in materia penale deve guidare anche la lettura del quarto comma dell'art. 176 c.p., il quale subordina la concessione della liberazione condizionale all'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato, pur facendo salvo – dispone il legislatore con clausola non solo opportuna, ma imposta dalle funzioni politico-criminali indicate dalla Costituzione Repubblicana – che "il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle".

Ai sensi dell'art. 177, comma 1, seconda parte, c.p., la revoca della liberazione condizionale consegue alla commissione, da parte del liberato condizionalmente, di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole (occorre, in tal senso, sentenza irrevocabile di condanna) ovvero alla trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata [52].

Ove invece, dispone il secondo comma, seconda parte, dell'art. 177 c.p., sia decorso tutto il tempo della pena inflitta (ovvero cinque anni dal provvedimento di liberazione condizionale, se trattasi di condannato all'ergastolo), senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena si estingue (e sono revocate le eventuali misure di sicurezza personali applicate al soggetto).

Fino al 1989, intervenuta la revoca, il tempo trascorso in libertà vigilata non si computava nella determinazione della pena residua da scontare (e, tale effetto negativo, si sommava a quello della non concedibilità della liberazione condizionale per una seconda volta).

Bene ha fatto, dunque, la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 282 del 25 maggio 1989 [53], a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, c.p., per violazione degli artt. 3, 13 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui, in caso di revoca della liberazione condizionale, non consent[iva] al tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva ancora da espiare, tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale nonché delle restrizioni di libertà subite dal condannato e del comportamento dallo stesso tenuto durante tale periodo [54].

A fronte dei sicuri effetti positivi di tale pronuncia della Consulta (dal punto di vista dell'adeguamento della disciplina della liberazione condizionale ai principi costituzionali di uguaglianza, inviolabilità della libertà personale e funzione rieducativa della pena), permangono tuttavia perplessità in virtù dell'amplissima discrezionalità che essa attribuisce al Tribunale di Sorveglianza, e che risulta amplificata dalla eterogeneità dei criteri che l'autorità giudiziaria può adottare per fondare il proprio giudizio in merito alla pena residua da scontare[55]. Insufficienti, al riguardo, appaiono i parametri (ad es., la durata della libertà vigilata e la gravità del comportamento che ha dato luogo alla revoca) forniti dalla Corte Costituzionale nell'ambito della stessa pronuncia.

Sempre al fine di armonizzare la disciplina della liberazione condizionale al dettato costituzionale, ed in particolare al dettato dell'art. 27, comma 3, Cost., la Consulta è intervenuta con (condivisibile) sentenza n. 418 del 23 dicembre 1998, dichiarando l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 176 c.p. anche nella parte in cui esso prevede[va] "la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale [fosse] revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appar[isse] incompatibile con il mantenimento del beneficio"[56].

4.4.3. *Il procedimento. La natura giuridica dell'istituto*

Tra le modifiche alla disciplina delle liberazione condizionale che, nel vigente ordinamento, figurano rispetto a quanto previsto dal codice Zanardelli, vanno menzionate, oltre alla introduzione della possibilità di accede-

re al beneficio per i condannati all'ergastolo, la riproposizione del criterio del "ravvedimento" (accolto dal codice Zanardelli e poi abbandonato), nonché la modifica della competenza per la concessione, attribuita all'autorità giudiziaria, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 4 luglio 1974, n. 204. Con tale pronuncia, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del R.D. 28 maggio 1931, n. 602 (disp. att. c.p.p.), attribuente al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza per la concessione della liberazione condizionale[57].

La Corte Costituzionale ha in tal modo valorizzato la funzione dell'istituto, letta alla luce dell'art. 27, comma 3 Cost. (e, dunque, nell'ottica della rieducazione del condannato), sottolineando come solo l'autorità giudiziaria sia idonea a valutare l'effettiva esistenza delle condizioni oggettive e soggettive richieste per la concessione della liberazione condizionale. Ma, nel contempo, il Giudice delle leggi, ha determinato una lacuna ordinamentale, non esistendo, all'epoca, alcuna norma che indicasse il giudice competente. Il legislatore è dunque intervenuto, dapprima con la Legge 12 febbraio 1975, n. 6 (il cui articolo 1 sanciva la competenza della Corte di Appello nel cui distretto al momento di presentazione della domanda il condannato espiava la pena) e, poi, con l'art. 22 della Legge 10 ottobre 1986, n. 663 (che sostituiva l'art. 70 della Legge n. 354/1975, rubricato "funzioni e provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza") e con l'art. 682 c.p.p. ("liberazione condizionale"), che hanno attribuito al Tribunale di sorveglianza la competenza sia per la concessione che per la revoca della liberazione condizionale.

Una volta concessa, l'esecuzione della liberazione condizionale è curata dallo stesso Tribunale di Sorveglianza.

Si ritiene[58] che, sussistendo i presupposti di legge (e, in primo luogo, quello del ravvedimento) il giudice sia vincolato a concedere la liberazione condizionale: l'espressione "può essere ammesso alla liberazione condizionale", contenuta nell'art. 176, comma 1, c.p., va infatti interpretata – secondo la più accreditata opzione ermeneutica – unicamente con riferimento alla verifica della sussistenza delle condizioni di legge ai fini della concessione.

Il liberato condizionalmente è sottoposto alla misura di sicurezza della libertà vigilata, la quale, tuttavia, si discosta da quella ordinariamente disposta ai sensi dell'art. 229 c.p.: il giudizio di pericolosità sociale, presupposto per l'applicazione di ogni misura di sicurezza, difatti, non solo non è richiesto, ma è – già sul piano logico – incompatibile con il presupposto

del ravvedimento; inoltre, l'applicazione della libertà vigilata è obbligatoria ed ha durata predeterminata[59].

Proprio in relazione a tali constatazioni si considera, in dottrina, la libertà vigilata che segue alla concessione della liberazione condizionale, una misura di sicurezza atipica, intesa cioè come complesso di prescrizioni (concernenti, ai sensi dell'art. 190 disp. att. c.p.p., la frequentazione di determinati luoghi o ambienti, orari di obbligatoria reperibilità, limiti territoriali agli spostamenti, la sottoposizione alla sorveglianza dell'autorità di pubblica sicurezza, il necessario contatto con il servizio sociale) "tendenti a favorire il reinserimento sociale del liberato, pure attraverso il controllo del suo comportamento da parte del servizio sociale e dell'autorità di pubblica sicurezza addetti alla verifica della prova" [60].

Proprio le esigenze generalpreventive e specialpreventive sottese alla libertà vigilata del liberato condizionalmente, hanno indotto parte della dottrina ad inquadrare la liberazione condizionale tra le "cause di *sospensione* della esecuzione della pena detentiva con temporanea messa in prova del condannato al fine di verificare, con vigilanza ed assistenza, la sua risocializzazione" [61]. A sostegno di tale chiave ermeneutica si adducono la presenza di prescrizioni di tipo positivo, la possibilità della sua revoca, nonché il giudizio prognostico, affidato al giudice, circa (non il reato, bensì) la possibilità di recupero del colpevole[62]. La liberazione condizionale, dunque, andrebbe inquadrata tra le misure sospensive, e non tra quelle sostitutive, argomentandosi in tal senso anche dalla considerazione che, mentre nella sospensione è possibile la reviviscenza della misura originariamente inflitta, ciò non può verificarsi nel caso di sostituzione, dal momento che – sin dal momento in cui è pronunciata – la misura sostitutiva costituisce "conseguenza stabile ed esclusiva del reato" [63].

Alla configurazione della liberazione condizionale quale misura sospen-

siva della pena detentiva, si contrappone quella che vede nella liberazione condizionale una "modalità di esecuzione della pena" [64].

In tal senso, ulteriore dottrina – sottolineata l'equivocità della *sedes materiae* scelta dal legislatore del 1930, collocante la liberazione condizionale tra le cause estintive della pena – ritiene doversi considerare l'istituto in commento, quale "fase dell'esecuzione della pena, fase più attenuata, nella quale alla detenzione si sostituisce la misura della libertà vigilata" [65].

4.4.4. *Il presupposto soggettivo*

La parte minima di pena che deve essere scontata per poter accedere al beneficio della liberazione condizionale rappresenta, nell'ottica del legislatore, il *quantum* di pena che il condannato deve necessariamente scontare, affinché si possa ritenere sicuro il suo ravvedimento, secondo la terminologia utilizzata dall'art. 176, comma 1, c.p.

La valutazione del sicuro ravvedimento, implica, secondo l'interpretazione che di tale requisito forniscono dottrina e giurisprudenza [66], l'accertamento che il livello di risocializzazione raggiunto dal condannato sia tale da far presumere che, rimesso in libertà, questi si asterrà dal compiere ulteriori reati.

Tale presunzione, da fondarsi su comportamenti positivi e sintomatici, dovrebbe conseguire alla convinzione del giudicante dell'avvenuto conseguimento dello scopo rieducativo cui tendeva la pena inflitta [67].

Nel compiere tale valutazione la giurisprudenza gode di un'ampia discrezionalità, anche se il legislatore non manca di indicare "indizi di non ravvedimento", in presenza dei quali la liberazione condizionale non può essere concessa. Così accade, ad esempio, ai sensi dell'art. 176, comma 4, c.p., in virtù del quale "la concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle".

A tal ultimo riguardo, va rilevato come la Corte Costituzionale abbia dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 176 c.p. nella parte in cui – secondo l'interpretazione della Corte di Cassazione – ai fini della concessione della liberazione condizionale, nel caso in cui il condannato si trovi nell'impossibilità di adempiere alle obbligazioni civili nascenti dal reato, attribuisce particolare rilievo alle manifestazioni di effettivo interessamento del reo per la situazione morale e materiale delle persone offese[68].

Dal dettato dell'art. 176, comma 4, c.p., al quale dianzi facevamo riferimento, deriva che la dimostrazione del ravvedimento – che il condannato può fornire con ogni mezzo[69] – richiede anche l'avvenuto[70] adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato[71]. Opportunamente, il legislatore eccettua il caso dell'oggettiva impossibilità di adempiere, venendosi altrimenti a frustrare, in contrasto con la *ratio* dell'art. 27, comma 3, Cost., le aspettative di chi sia inadempiente alle obbligazioni nascenti dal reato, ma non in virtù della volontà di non adeguarsi ai dettami dell'ordinamento.

Riguardo a tale ultimo aspetto, la Suprema Corte ha precisato che "il risarcimento del danno previsto dall'ultimo comma dell'art. 176 c.p. non può essere considerato come un elemento a sé, ma deve, nel quadro delle dimostrazioni di ravvedimento che il condannato deve fornire, essere valutato come atto comprovante, con il pentimento e la riprovazione per il delitto commesso, la fattiva volontà del reo di eliminarne o attenuarne, le conseguenze dannose deve, cioè, essere considerato non tanto nella sua funzione oggettiva di reintegrazione patrimoniale, quanto sotto il profilo soggettivo, come concreta manifestazione del sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del delitto. Ne consegue che da una parte deve riconoscersi che la "impossibilità di adempiere" le obbligazioni civili nascenti dal reato (come causa della condizione di cui trattasi) non può identificarsi con la mancanza assoluta di ogni risorsa economica, d'altra parte va accertato se il condannato abbia dimostrato un effettivo inte-

ressamento e abbia fatto quanto in suo potere per eliminare le conseguenze materiali del delitto da lui commesso".

Per le stesse motivazioni politico-criminali cui facevamo riferimento poc'anzi, deve convenirsi con la dottrina [72] stando alla quale il risarcimento del danno, in caso di rifiuto della persona offesa di riceverlo, possa essere sostituito dall'offerta formale di risarcimento, effettuata ai sensi di legge: in caso contrario il condannato si vedrebbe preclusa la possibilità di accedere al beneficio a cagione di un elemento estrinseco, da lui non determinabile.

Va inoltre rilevato come dall'art. 4-*bis* della Legge n. 354/1975 [73], al quale si rinvia, si desuma altresì che il giudice non possa ritenere sicuro il ravvedimento del reo allorché, ad esempio, manchino elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (commi 3 e 3-*bis*) ovvero il detenuto o l'internato non collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter*: a tal ultimo riguardo, in dottrina, sono state espresse fondate perplessità, dubitandosi della compatibilità di tale previsione con gli artt. 3 e 27 Cost. [74].

L'art. 682, comma 2, c.p.p., preclude – nel caso che "la liberazione non sia concessa per difetto del requisito del ravvedimento" – la riproposizione della richiesta "prima che siano decorsi sei mesi dal giorno in cui è divenuto irrevocabile il provvedimento di rigetto".

Con tale disposizione il legislatore, perseguendo finalità di economia processuale e razionalità del sistema, tende ad escludere nuove istanze che, presentate a brevissima distanza di tempo, non avrebbero alcuna possibilità di essere accolte, non apparendo possibile che la valutazione in merito alla sussistenza del ravvedimento possa ribaltarsi nell'arco di poche settimane.

Dal complesso delle considerazioni precedentemente svolte riteniamo

emerga evidente che il ravvedimento – al contrario di quanto in precedenza accadeva per la "buona condotta", rappresentata dalla mera regolare, diligente, condotta carceraria – non possa essere considerato uno fra i tanti requisiti, bensì quello caratterizzante l'intero istituto e plasmante la *ratio* dello stesso, individuabile nella tendenza rieducativa che, ai sensi dell'art. 27, comma 3 Cost., deve connotare le pene[75].

4.4.5. *Forme "speciali" di liberazione condizionale*

Ai sensi dell'art. 21 del R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404 "la liberazione condizionale dei condannati che commisero il reato quando erano minori degli anni diciotto può essere ordinata dal Ministro [*ora, Tribunale per i Minorenni*] in qualunque momento dell'esecuzione e qualunque sia la durata della pena detentiva inflitta".

La competenza è attualmente attribuita al Tribunale per i minorenni dall'art. 3, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, il cui secondo comma specifica tuttavia che tale competenza "cessa con il compimento, da parte di colui che commise il reato durante la minore età, del venticinquesimo anno".

Non operano dunque i rigorosi limiti temporali ai quali è ordinariamente subordinata la possibilità di concedere la liberazione condizionale della pena[76].

La maggiore considerazione delle finalità rieducative rispetto alle istanze punitive, appare coerente con le linee di fondo della legislazione penale minorile ed aderente al dettato dell'art. 31, comma 2, Cost., che espressamente statuisce che la Repubblica "protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

In accordo con tali premesse teleologiche risultano anche il secondo comma del citato art. 21, che attribuisce al Ministro *[ora, al Tribunale per i*

minorenni] la facoltà di "stabilire col decreto di concessione, che, in luogo della libertà vigilata, sia applicato al liberato condizionalmente l'internamento in un riformatorio giudiziario se è tutt'ora minore degli anni ventuno o l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro, se è maggiore di tale età", nonché il comma successivo, ai sensi del quale "se per il liberato condizionalmente fu disposto l'internamento in un riformatorio giudiziario, in una colonia agricola o in una casa di lavoro, il tempo trascorso in tali stabilimenti è computato nella durata della pena".

Anche nel diritto penale militare, l'istituto si caratterizza per avere un diverso ambito di applicazione: il c.p.m.p., all'art. 71, consente l'accesso al beneficio, ove la pena residua non superi i tre anni, al condannato a pena superiore a tre anni, una volta scontata la metà (o, se recidivo, i tre quarti) di essa, purché, in ogni caso, tre anni siano stati già espiati.

Per quanto non previsto dalla legislazione militare, il procedimento di concessione, quello di revoca, nonché gli effetti del beneficio sono disciplinati dalle norme del diritto penale comune [77].

Il "ravvedimento" è interpretato, in dottrina, come riferito anche ai "valori specifici dell'ordinamento militare" [78].

Il carattere sfavorevole al condannato dei requisiti oggettivi di cui all'art. 71 c.p.m.p., ha indotto la dottrina ad elaborare un'interpretazione favorevole al condannato militare, ritenendosi non più operante il limite relativo alla durata della pena inflitta: in tal senso si è argomentato dal disposto dell'articolo unico della Legge 27 giugno 1942, n. 827, per il quale la liberazione condizionale può essere concessa anche quando la pena risulti inferiore a tre anni [79].

Invece, con riferimento al limite dell'avvenuta espiazione di almeno tre anni di pena, non è stato individuato alcun 'appiglio' normativo che consenta di ritenerlo non operante. Ne deriva "una disparità di trattamento tra detenuti militari e non militari, nonché tra militari condannati a pene detentive comuni e militari condannati a pena detentiva militare" [80].

Rileviamo, infine, come – ai sensi dell'art. 76 c.p.m.p. – la misura di sicurezza della libertà vigilata venga sospesa durante il servizio militare, nel chiaro intento di non sottrarre allo Stato forze attive nel periodo di leva [81].

4.5. *I diritti di detenuti ed internati*

4.5.1. *Il riconoscimento dei diritti di detenuti ed internati, tra ordinamento interno ed internazionale*

La nostra Costituzione "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" (art. 2, comma 1, primo periodo) ed attribuisce a tutti i cittadini "pari dignità sociale", sancendo per essi il principio di uguaglianza formale (art. 3, comma 1, Cost.) e sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

Appare evidente come, simili statuizioni, interessino da vicino la condizione dei detenuti, i quali, privati della libertà e tenuti a vivere in assenza di autonomia, sono particolarmente esposti alla violazione dei propri diritti fondamentali [82].

Tali pericoli (e non solo questi), oltre che dal nostro Costituente, sono stati ben percepiti anche dai legislatori di altri Stati, attenti alla necessità del rispetto dei diritti dell'individuo. E, non a caso, proprio negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale (e, dunque, a decenni di regimi totalitari che avevano sistematicamente, e drammaticamente, violato i più elementari diritti degli esseri umani), fioriscono i testi normativi che sanciscono la inviolabile tutela degli stessi.

Di fondamentale rilevanza, in tal senso, appare – non solo per il contenuto dispositivo ma anche per il forte messaggio culturale e politico in essa contenuto – la Legge 4 agosto 1955, n. 848 [83], rubricata "ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" [84]. Tale Convenzione, all'art. 1 ("obbligo di rispettare i diritti dell'uomo"), statuisce che "le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisidizione i diritti e le libertà indicate nel titolo I …". Tale titolo, disciplina "diritti e libertà", prevedendo, tra l'altro, la tutela del diritto alla vita (art. 2), la vigenza del principio di legalità (art. 7), l'inviolabilità del principio di uguaglianza (art. 14) nonché del diritto ad un processo equo (art. 6). Sono inoltre sanciti i divieti di tortura (art. 3), schiavitù e lavoro forzato (art. 4), unitamente alla solenne proclamazione di talune libertà fondamentali, tra cui quelle di pensiero, coscienza e religione (art. 9) nonché di espressione (art. 10).

Va d'altronde rilevato come la tematica della necessaria tutela dei diritti dei detenuti, in ambito transnazionale, non abbia perso di attualità negli ultimi anni, ma, al contrario sempre più drammaticamente si imponga all'attenzione dell'opinione pubblica mondiale[85]: di recente, si segnala in tal senso il noto caso di abusi subiti dai detenuti all'interno della struttura di Guantanamo, ma tale episodio rappresenta, purtroppo, solo la punta di un massiccio e difficilmente sgretolabile *iceberg*[86].

Tra le fonti normative interne rileva, in particolare, la Legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. "ordinamento penitenziario") il cui titolo I ("trattamento penitenziario"), capo II ("condizioni generali"), contiene una serie di norme (artt. da 5 a 12) che sanciscono i diritti dei reclusi. Prima di esse, inoltre, vi è l'art. 4 ("esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati"), che – collocato tra i "principi direttivi" della legge (capo I) – garantisce loro il personale esercizio dei diritti, anche ove essi si trovino in stato di interdizione legale, ossia in quello stato giuridico di forte limitazione dei propri diritti e facoltà, che, alla luce del disposto dell'art. 32 c.p., segue alla condanna all'ergastolo (art. 32, comma 1, c.p.) ovvero alla condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni (art. 32, comma 3, c.p.).

Non crediamo, invero, al contrario di quanto comunemente si ritiene[87], che le norme contenute nel suddetto capo II, possano distinguersi in base alla loro *ratio* di tutela: diritti relativi all'integrità fisica ovvero alla salute mentale. Le disposizioni *de quibus,* poste a salvaguardia della salute del detenuto, sono difatti attuative del complessivo disposto dell'art. 32 Costituzione, il quale, nel sancire la tutela della salute "come fondamentale diritto dell'individuo" (art. 32, comma 1, primo periodo, Cost.), deve interpretarsi, secondo la sua più moderna accezione, come riferito alla salute non solo fisica, ma anche mentale[88].

Tra le disposizioni contenute nel capo II, vanno innanzitutto menzionate, anche al fine di denunziare la loro sistematica violazione per insufficienza delle strutture carcerarie, quelle di cui agli articoli 5 (che imporrebbe allo Stato di realizzare gli istituti penitenziari "in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati") e 6 (il quale, tra l'altro, si sofferma sui locali di soggiorno e pernottamento, che dovrebbero essere di ampiezza sufficiente, ben illuminati, areati e/o riscaldati, in buono stato di conservazione e di pulizia, nonché sulla necessità della particolare cura da prestare nella scelta dei soggetti collocati in camere a più posti).

Gli ulteriori articoli che compongono il capo II (anch'essi, duole ribadirlo soventemente violati), concernono "vestiario e corredo" (art. 7), "igiene personale" (art. 8), "alimentazione" (art. 9), "permanenza all'aperto" (art. 10), "servizio sanitario" (art. 11), "attrezzature per attività di lavoro, di istruzione e di ricreazione" (art. 12).

Non è possibile, in tale sede, soffermarsi su tutti i rilevantissimi aspetti della vita detentiva toccati da tali norme. Sottolineiamo solo come, in base ad esse, l'alimentazione debba essere sana e sufficiente (quantità e qualità del vitto, inoltre, devono essere determinate da tabelle approvate con decreto ministeriale); l'acqua somministrata potabile; la permanenza all'aperto garantita, di regola, per almeno due ore al giorno. Dovrebbe inoltre essere assicurato, ad ogni detenuto ed internato, il diritto a cure ed accertamenti diagnostici, ad una visita medica generale all'atto dell'ingresso nell'istituto, nonché alla visita ad opera di un proprio medico di fiducia. Inoltre, per consentire ai condannati di non trascorrere interamente il proprio tempo nel chiuso dell'istituto (con i negativi effetti, di vera e propria 'alienazione', che ciò può produrre), ove essi non prestino lavoro all'aperto, possono "permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta. Tale periodo di tempo può essere ridotto a non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali". La permanenza all'aria aperta deve inoltre, di regola, essere "effettuata in gruppi" e, se possibile, dedicata "ad esercizi fisici".

Una problematica che, con riferimento all'attuazione dell'art. 9, è venuta a porsi con crescente frequenza, inerisce alla possibilità – in caso di sciopero della fame posto in essere da detenuti od internati – di attuare un alimentazione coattiva.

Secondo un primo orientamento non potrebbe obbligarsi il detenuto ad alimentarsi, in virtù del dettato dell'art. 32, comma 2, primo periodo, Cost., ai sensi del quale "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per espressa disposizione di legge" [89].

Altra opinione, invece, ritiene doveroso l'intervento finalizzato a costringere il detenuto ad alimentarsi coattivamente: in caso contrario, ove sussista imminente pericolo di vita, il mancato attivarsi del personale dell'amministrazione penitenziaria, determinerebbe (in caso di evento letale) la consumazione di un reato omissivo improprio, in applicazione del combinato disposto degli artt. 589 ("omicidio colposo") e 40, comma 2, c.p. (c.d. "clausola di equivalenza", stando alla quale "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo") [90].

Aderendosi a tale ultima soluzione interpretativa deve coerentemente ritenersi – in applicazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento, che non consente di imporre un comportamento ad un soggetto, contemporaneamente punendolo per aver adempiuto al dettato normativo – che i soggetti intervenuti per costringere il detenuto ad alimentarsi non potrebbero essere ritenuti responsabili dei reati previsti dagli artt. 582 ("lesione personale") e 610 ("violenza privata") c.p., risultando la loro condotta giustificata, ai sensi degli articoli 51 c.p. ("adempimento di un dovere") e, ove ne ricorrano i presupposti, 54 c.p. ("stato di necessità").

Ulteriori diritti dei detenuti sono sanciti, e delineati nelle loro modalità applicative, dal capo III ("modalità del trattamento") del titolo I ("trattamento penitenziario") della Legge n. 354/1975, il quale si apre con l'art. 13, che – in attuazione dell'art. 27 comma 3 Cost. – configura un vero e proprio diritto del detenuto ad un trattamento penitenziario individualizzato che risponda "ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto" (art. 13, comma 1), previa "osservazione scientifica della personalità". Ciò al fine di rilevare le cause del disadattamento sociale (art. 13, comma 2) e, conseguentemente, individuare il "trattamento rieducativo da effettuare" (comma 3), predisponendo inoltre una cartella personale (comma 4) [91].

4.5.2. *Un'importante triade di diritti: colloqui, corrispondenza, informazione*

L'art. 15 Cost., statuisce che "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge".

Attuativi di tale previsione costituzionale (oltre che – come emergerà da quanto argomenteremo – degli articoli 2, 30, 31 Cost.) appaiono gli articoli 18 ("colloqui, corrispondenza e informazione") della Legge n. 354/1975, nonché gli artt. 37 ("colloqui") e 39 ("corrispondenza telefonica") del D.P.R. 30 giugno 200, n. 230[92].

Sono, queste, le più rilevanti tra le norme disciplinanti colloqui, corrispondenza e informazione che, tra i diritti dei detenuti, assumono un rilievo tutt'altro che secondario, costituendo un importante strumento di contatto e relazione con il mondo esterno.

4.5.2.1. *Colloqui*. – Ai sensi del suddetto art. 18, "i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, anche al fine di compiere atti giuridici" (comma 1).

I colloqui "si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia" (art. 18 cit., comma 2) e ad essi viene accordato particolare favore ove sostenuti "con i familiari" (art. 18 cit., comma 3).

Mentre il permesso al colloquio per gli imputati fino alla sentenza di primo grado è rilasciato dall'autorità giudiziaria procedente (art. 37, comma 2, D.P.R. n. 230/2000), successivamente a tale sentenza la competenza a rilasciare l'autorizzazione ai colloqui spetta al "direttore dell'istituto" (art. 18, comma 7, secondo periodo, Legge n. 354/1975; art. 37, comma 1, D.P.R. n. 230/2000).

Va sottolineato come la Corte Costituzionale, nella preoccupazione di assicurare effettività al diritto di e difesa del condannato, abbia dichiarato

costituzionalmente illegittimo l'art. 18, nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva abbia diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena [93].

Tale pronuncia ha risolto dubbi applicativi che, ad esempio, avevano portato la magistratura di sorveglianza di Brescia, individuata una illogica disparità di trattamento tra imputati e condannati definitivi, a sollevare al Ministero di Grazia e Giustizia quesito relativo alla possibilità che, il dettato dell'art. 104, comma 1, c.p.p. ("colloqui del difensore con l'imputato in stato di custodia cautelare"), fosse applicabile anche ai colloqui del difensore con i condannati definitivi. Con parere del 10 aprile 1996, il Ministero di Grazia e Giustizia argomentava che "l'art. 104, comma 1, c.p.p., non modificato *in parte qua* dalla Legge n. 332/1995, è applicabile ai soli colloqui tra i difensori e gli imputati in stato di custodia cautelare. Allo stato della normativa vigente, la effettuazione dei colloqui tra i difensori e i condannati definitivi è da considerarsi senza alcun dubbio sottoposta ad autorizzazione del direttore dell'istituto, e il colloquio con il difensore rientra tra i 'ragionevoli motivi' che giustificano l'autorizzazione al colloquio" [94].

Ulteriore disposizione alla quale deve farsi riferimento nell'operare una ricognizione delle fonti normative che, nel nostro ordinamento, disciplinano il tema in oggetto è quella dell'art. 37 del D.P.R. n. 230/2000 ("colloqui"), il quale si sofferma su molteplici aspetti, quali, ad esempio:

– competenza ad autorizzare i colloqui (attribuita dal comma 1 al direttore dell'istituto);

– modalità di svolgimento (il comma 3 prevede la necessità che "le persone ammesse al colloquio siano identificate" e che si controlli che "non siano introdotti nell'istituto strumenti pericolosi o altri oggetti non ammessi", mentre, ai sensi del comma 4, "nel corso del colloquio deve essere mantenuto un comportamento corretto e tale da non recare disturbo ad altri");

– luogo in cui essi possono essere svolti ("locali interni senza spazi divisori o … spazi all'aperto a ciò destinati", precisa il comma 5);

– numero (sei al mese ai sensi del comma 6; quattro, tuttavia, specifica il

comma 8, in presenza di detenuti od internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del terzo comma dell'art. 4-*bis* della Legge n. 354/1975);

– durata massima (che, sancisce il comma dieci, è di un ora, salvo la possibilità di prolungamento "in considerazione di eccezionali circostanze").

4.5.2.2. *Colloqui a fini investigativi.* – L'art. 18-*bis* della Legge n. 354/1974, rubricata "colloqui a fini investigativi" [95], non rappresenta una disposizione attuativa del diritto ai colloqui di detenuti ed internati, ma attribuisce ad alcuni organi inquirenti la possibilità di conferire con tali soggetti, ove ciò possa fungere da ausilio alle indagini relative alla presunta commissione di taluni reati.

Tale disposizione, difatti, prevede, a favore dei soggetti indicati nel comma 1 (tra cui il personale della direzione investigativa antimafia ed il personale dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'art. 12 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla Legge 12 luglio 1991, n. 203) la "facoltà di visitare gli istituti penitenziari" e di "essere autorizzati … ad avere colloqui personali con detenuti e internati, al fine di acquisire informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti di criminalità organizzata".

Il comma 2 sancisce la competenza al rilascio dell'autorizzazione ai colloqui (Ministro di Grazia e Giustizia o suo delegato, in caso di internati, condannati od imputati; pubblico ministero, ove si tratti di indagati). L'autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia non è tuttavia richiesta, ai sensi del comma 4 "in casi di particolare urgenza, attestati con provvedimento del Ministro dell'interno o, per sua delega, dal Capo della Polizia".

Un ampia facoltà di procedere a "colloqui personali con detenuti e internati", senza necessità di autorizzazione alcuna, è attribuita dall'ultimo comma dell'art. 18-*bis* al Procuratore nazionale antimafia ai fini dell'esercizio delle funzioni di impulso e di coordinamento previste dall'art. 371-*bis* del codice di procedura penale.

Il dettato dell'art. 18-*bis* è stato integrato, al fine di determinare gli aspetti applicativi dei colloqui ivi previsti, da decreto, emanato dal Ministero di Grazia e Giustizia in data 2 agosto 1993 [96] ("disposizioni relative alle autorizzazioni ed alle modalità delle visite per i colloqui a fini investigativi con detenuti ed internati") il quale – tra l'altro – individua il ne-

cessario contenuto del provvedimento di autorizzazione (art. 1) e determina le modalità di effettuazione dei colloqui (art. 4) nonché delle visite a fini investigativi (art. 7).

4.5.2.3. *Corrispondenza*. – L'art. 18 della Legge n. 354/1975, sancito al comma 1 il diritto alla corrispondenza, ne delinea i contenuti al comma 4, imponendo all'amministrazione penitenziaria di porre a disposizione di detenuti ed internati "gli oggetti di cancelleria necessari per la corrispondenza" (comma 4), ma, nel contempo, prevedendo la possibilità che, con provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, la corrispondenza dei singoli detenuti ed internati sia sottoposta "a visto di controllo del direttore o di un appartenente all'amministrazione penitenziaria, designato dallo stesso direttore" (comma 7)[97]. L'autorità giudiziaria, tuttavia, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 18, "nel disporre la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo", ove non ritenga di provvedervi direttamente, può "delegare il controllo al direttore o ad un appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore".

Va inoltre rilevato come l'art. 38 del D.P.R. n. 230/2000 sancisca, al primo comma, il diritto di detenuti ed internati di "inviare e ricevere corrispondenza epistolare e telegrafica" (precisando inoltre che "la direzione può consentire la ricezione di *fax*"), e – nei commi successivi – delinei sin nei minimi dettagli le modalità attuative di tale diritto, unitamente alla possibilità, per la direzione dell'istituto, di trattenere la missiva ove "vi sia sospetto che nella corrispondenza epistolare, in arrivo o in partenza, siano inseriti contenuti che costituiscono elementi di reato o che possono determinare pericolo per l'ordine o la sicurezza" (comma 6). In tal caso, ai sensi del comma 10, "il detenuto o l'internato viene immediatamente informato che la corrispondenza è stata trattenuta" (comma 10). Una opportuna previsione è quella che sancisce la non sottoponibilità a visto di controllo della "corrispondenza epistolare dei detenuti ed internati indirizzata ad organi-

smi internazionali amministrativi o giudiziari, preposti alla tutela dei diritti dell'uomo, di cui l'Italia fa parte".

La disposizione in commento, inoltre, prevede ulteriori limitazioni, connesse allo stato detentivo: "sulla busta della corrispondenza epistolare in partenza il detenuto o l'internato deve apporre il proprio nome e cognome" (comma 4) e, inoltre, "la corrispondenza in busta chiusa, in arrivo o in partenza, è sottoposta ad ispezione al fine di rilevare l'eventuale presenza di valori o altri oggetti non consentiti" (comma 5).

Particolare attenzione è dedicata dal legislatore anche alla corrispondenza telefonica la quale, dispone l'art. 18, comma 5 della Legge n. 354/1975, può essere autorizzata "nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi", seppur "con le modalità e le cautele previste dal regolamento". La corrispondenza telefonica è inoltre oggetto dell'art. 39 del D.P.R. n. 230/2000 ("corrispondenza telefonica"), il quale, statuito al primo comma che in ogni istituto siano "installati uno o più telefoni secondo le occorrenze", nei commi successivi si sofferma sulle modalità attuative del diritto alla corrispondenza telefonica, prevedendo, tra l'altro, che condannati ed internati possano "essere autorizzati dal direttore dell'istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e conviventi, una volta alla settimana" (comma 2), e che "il detenuto o l'internato che intende trattenere corrispondenza telefonica deve rivolgere istanza scritta all'autorità competente, indicando il numero telefonico richiesto e le persone con cui deve corrispondere" (comma 5, primo periodo). Il contatto telefonico, prevede inoltre il comma 6 "viene stabilito dal personale dell'istituto"; le spese della corrispondenza telefonica sono dal comma 8 poste a carico dell'interessato.

Concerne gli imputati il comma 8 dell'art. 18 [98] il quale "salvo quanto disposto dall'articolo 18-*bis*", stabilisce che sono di competenza dell'autorità giudiziaria, ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11 "i permessi di colloquio fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, la sottoposizione al visto di controllo sulla corrispondenza e le autorizzazioni alla corrispondenza telefonica". La stessa disposizione precisa, poi, che "dopo la pronuncia della sentenza di primo grado i permessi di colloquio sono di competenza del direttore dell'istituto".

4.5.2.4. *Informazione*. – L'art. 18 della Legge n. 354/1975 delinea, inoltre, un vero e proprio diritto all'informazione del detenuto: ai sensi del

comma 6 di tale disposizione, difatti, "i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione". L'ultimo comma del medesimo art. 18, prevede tuttavia che le medesime autorità giudiziarie competenti a disporre la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo, possano anche disporre limitazioni "nella ricezione della stampa".

4.5.2.5. *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'inserimento dell'art. 18*-ter *nella Legge n. 354/1975*. – Va salutato certamente con favore il controllo, sempre più penetrante, operato da organismi internazionali, in merito al rispetto dei diritti di detenuti ed internati [99].

In tale contesto, di sicuro rilievo appaiono le pronunce della Corte europea dei diritti umani aventi ad oggetto i suddetti articoli 18, Legge n. 354/1975 e 38, D.P.R. n. 230/2000. La Corte, difatti, ha censurato il dettato di tali disposizioni, con particolare riferimento a quanto statuito in tema di controlli sulla corrispondenza dei detenuti. L'art. 18, in particolare, determinava, secondo la Corte, un'ingerenza dell'autorità nel diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea sui diritti umani. Ciò in quanto esso prevedeva controlli sulla corrispondenza dei detenuti, senza stabilire "né la loro durata, né le ragioni che li potevano giustificare, né, infine, i criteri a cui dovevano ispirarsi i giudici nazionali nell'assumere la decisione al riguardo, con la conseguenza che la ingerenza non poteva dirsi prevista dalla legge" [100].

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, inoltre, ha ritenuto che l'indeterminatezza del sistema di controlli sulla corrispondenza dei detenuti fosse aggravata dal dettato dell'art. 38 del D.P.R. n. 230/2000, che attribuiva eccessiva discrezionalità alla direzione dell'istituto, violando così la Convenzione europea [101], in quanto non stabiliva espressi limiti e finalità al con-

trollo della corrispondenza dei detenuti, limitandosi ad "identificare le categorie di persone la cui corrispondenza poteva essere sottoposta a controllo e la giurisdizione competente senza indicare la durata delle misure né le ragioni che la potevano giustificare" [102].

Anche alla luce di tali, ripetute sollecitazioni, il legislatore ha apportato significative modifiche alla disciplina del diritto alla corrispondenza dei detenuti, con la Legge 8 aprile 2004, n. 95 [103]. Tale atto normativo ha inserito nella Legge n. 354/1975 l'art. 18-*ter* ("limitazioni e controlli sulla corrispondenza"), il cui primo comma statuisce che "per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi:

a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa;
b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo;
c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza".

Il secondo comma, poi, prevede l'inoperatività del divieto sancito dal primo comma, ove la corrispondenza venga indirizzata a determinati soggetti (tra cui i membri del Parlamento nonché gli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritto dell'uomo di cui l'Italia fa parte).

La competenza a prendere i provvedimenti di cui al comma 1 è dal terzo comma radicata nella magistratura di sorveglianza (per i condannati e gli internati) o nell'autorità giudiziaria competente (per gli imputati) [104].

Avverso tali provvedimenti – statuisce il comma 6 – può essere proposto reclamo secondo la procedura prevista dall'art. 14-*ter*[105].

4.5.2.6. *Circolari del D.A.P. in tema di colloqui e corrispondenza*. – La grande incidenza che, sulla realtà carceraria, hanno colloqui e corrispondenza, è dimostrata anche dal gran numero di circolari del D.A.P., volte a chiarire dubbi applicativi inerenti la normativa vigente.

Assai ampia ed analitica fu già una circolare del 1985[106], la quale, tuttavia, in quanto riferita al precedente regolamento di esecuzione (D.P.R. 29 aprile 1976), a far data dall'entrata in vigore del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, ha perso di rilevanza pratica. Nonostante ciò, essa conserva un certo interesse, consentendo di comprendere come, nel corso degli ultimi decenni, le modifiche della normativa vigente abbiano teso a migliorare il trattamento dei detenuti dal punto di vista che qui interessa.

Così, tale circolare, nel sottolineare il tenore di talune modifiche normative intervenute in materia, rilevava come detenuti ed internati potessero fruire "non più di un colloquio alla settimana, ma di quattro colloqui al mese"; in tal modo, precisava la circolare "i colloqui a cui i detenuti e gli internati hanno diritto nel corso del mese non devono più essere svolti con cadenze settimanali, ma possono essere effettuati anche in giorni successivi".

Tale possibilità, apparentemente non molto significativa, aveva invece una grande rilevanza: ciò, specie per i "detenuti ristretti in istituti non vicini ai luoghi di residenza dei familiari", i quali venivano così "messi in grado di effettuare anche tutti i colloqui consentiti nel corso di un unico viaggio".

Si sottolineava inoltre la rilevanza dell'inserimento di un ottavo comma nell'art. 35 citato, il quale prevedeva la possibilità per i direttori dell'istituto, con provvedimento motivato da trasmettere in copia al Ministero, di

ammettere “alla fruizione di ulteriori due colloqui mensili, nonché di due telefonate mensili al di là dei limiti stabiliti dal secondo comma dell’art. 37” condannati ed internati che, oltre ad avere tenuto regolare condotta, avessero “collaborato attivamente all’osservazione scientifica della personalità ed al trattamento rieducativo attuati nei loro confronti”.

Si precisavano inoltre elementi utili ai fini della “più puntuale e corretta interpretazione ed applicazione” della normativa: le condizioni alle quali era subordinata la concessione nel corso del mese due ulteriori colloqui e due ulteriori telefonate, dovevano essere “intese in un senso non formale ma sostanziale” e la loro sussistenza andava verificata “con attenzione e rigore”, in quanto “se i colloqui e le telefonate supplementari venissero concessi a tutti o a quasi tutti i detenuti e gli internati in base alla adozione di criteri eccessivamente lati e superficiali”, le finalità perseguite dal legislatore sarebbero state “completamente frustrate”, presupponendo la loro realizzazione la concessione di benefici a chi effettivamente li avesse meritati. Solo in tal modo “gli altri detenuti ed internati” sarebbero stati indotti “a tenere un comportamento migliore”.

La regolare condotta, inoltre, veniva identificata con l’aver ispirato “con continuità il proprio comportamento a criteri di legalità” intesi quale osservanza delle norme di legge e regolamentari ed “a criteri di civiltà”, con particolare riguardo alla correttezza del comportamento tenuto “nei riguardi degli altri detenuti ed internati, degli operatori penitenziari e di tutte le persone con le quali [il condannato fosse venuto] in contatto, nonché nei riguardi delle esigenze del sicuro, tranquillo ed ordinato svolgimento della vita dell’istituto”.

In relazione al presupposto della collaborazione attiva alla osservazione scientifica della personalità ed al trattamento rieducativo, si rilevava che, talvolta difficoltà di carattere pratico (le quali, purtroppo, teniamo a precisare, sussistono tutt’oggi) impedissero “in concreto di realizzare compiutamente quanto stabilito in tema di osservazione scientifica della personalità ed il conseguente programma individualizzato di trattamento”.

Anche in tal caso, argomentava opportunamente la circolare operandosi un’interpretazione estensiva, il presupposto in questione doveva comunque considerarsi sussistente ove il condannato o l’internato avessero “manifestato concretamente, inequivocabilmente ed univocamente, la precisa volontà, determinazione ed impegno a reinserirsi nella società civile, accettandone le regole ed i metodi ed abbandonando definitivamente la strada della criminalità”.

Veniva inoltre sottolineata la possibilità “che un detenuto, a conoscenza della norma” chiedesse “direttamente ai magistrati l’autorizzazione ai colloqui od alle telefonate supplementari”. In questa ipotesi, i direttori degli

istituti penitenziari, erano invitati a "fornire con prontezza la segnalazione motivata circa la regolarità o meno della condotta".

Con riferimento ai contatti telefonici veniva evidenziato come il detenuto o internato che intendesse averli, dovesse presentare "istanza scritta indicando il numero richiesto, la persona con cui [dovesse] corrispondere ed i motivi dell'istanza". Si specificava inoltre che – in base alla normativa allora vigente – il contatto telefonico dovesse essere stabilito dal personale dell'istituto, la durata massima della conversazione telefonica fosse di sei minuti e la telefonata andasse "interamente ascoltata e registrata" e, in caso di "sospetti o indizi di un riferimento ad attività o progetti illeciti" l'operatore penitenziario addetto all'ascolto dovesse "intervenire immediatamente impedendo la prosecuzione della telefonata" e, comunque, informare l'autorità giudiziaria.

Ciò poneva la necessità che "l'operatore penitenziario incaricato" capisse la conversazione; il problema si poneva, in particolare, ove la conversazione telefonica avvenisse in lingua straniera: poteva essere indispensabile, in tali casi, tradurre la registrazione per comprenderne il contenuto, con la conseguente frustrazione della "possibilità di interventi immediati o comunque tempestivi rispetto agli eventuali contenuti di illiceità" che fossero emersi.

Come rilevavamo, tuttavia, le circolari emanate prima del 30 giugno del 2000 hanno perso gran parte della loro rilevanza pratica [107], essendo anteriori al regolamento di esecuzione oggi vigente [108]: proprio perché successiva all'emanazione di tale D.P.R., interessa maggiormente la nostra indagine la circolare del 2000 [109], con la quale l'amministrazione penitenziaria ha

perseguito l'intento di fornire "alcune indicazioni generali interpretative, alle quali attenersi, così garantendo in tutti gli istituti della Repubblica uniformità di applicazione", all'esito dell'entrata in vigore del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 che ha profondamente modificato la disciplina degli istituti in commento.

La circolare sottolinea come l'art. 1, comma 2 del D.P.R. n. 230/2000 abbia abolito la "distinzione fra colloqui premiali e colloqui ordinari, con il conseguente innalzamento del numero mensile di questi ultimi", ritenendo di scorgere, in tale modifica normativa "attestazione del valore assegnato al mantenimento di vive relazioni familiari".

Vengono poi affrontate le questioni interpretative connesse al dettato del comma 8 dell'art. 37 del D.P.R. n. 230/2000, ai sensi del quale "i detenuti e gli internati usufruiscono di sei colloqui al mese. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero di colloqui non può essere superiore a quattro al mese". Tale ultima restrizione, precisa la circolare, si applica solo ove i delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* siano "la causa della restrizione", secondo quanto emerga da "sentenza di condanna" o da "ordinanza di custodia cautelare in corso di esecuzione".

Tale restrizione, si osserva nell'atto dell'amministrazione penitenziaria, non si applica "ai detenuti cui sia stata riconosciuta l'attività contemplata dall'art. 13-*ter* del D.L. 15 marzo 1991, ed a quanti versino nelle circostanze previste dall'articolo 58-*ter* dell'ordinamento penitenziario".

Viene inoltre sottolineato, con riferimento al comma 9 dello stesso articolo 37, che esso, nel prevedere la possibilità di concessione di ulteriori colloqui, è applicabile ad entrambe le ipotesi (sei e quattro colloqui) individuate dal comma 8. E che, inoltre, le "particolari circostanze" in esso previste debbano essere valutate dai direttori degli istituti penitenziari alla luce di "tutti quegli elementi che, per apprezzamento professionale e sulla scorta del senso comune" appiano "non generali (… contingenze di tempo, di luogo, di persone, di momento di vita, ecc.)": a tal ultimo riguardo viene inoltre evidenziata la necessità di una adeguata motivazione del provvedimento di ammissione al beneficio. La circolare precisa inoltre che in presenza di "soggetti inseriti nel circuito per collaboratori, le cui possibilità trattamentali sono ridotte dalle necessarie cautele e dalla disseminazione sul territorio, proprie e dei propri familiari, con le conseguenti difficoltà di mantenere relazioni personali e familiari" debba "sempre riconoscersi la particolare circostanza di cui al comma 9".

Il punto 19 dell'atto della amministrazione penitenziaria rileva poi come l'articolo 61, comma 2, del D.P.R. n. 230/2000, preveda ulteriori possibili-

tà di incrementare il numero dei colloqui, senza porre limiti numerici e precisa che tale norma "si applica a tutti i detenuti" in quanto "il secondo periodo del comma 8 dell'articolo 37 costituisce norma eccezionale, ed il limite fissato è relativo unicamente all'ammissione ordinaria al quinto e sesto colloquio".

L'art. 61, comma 2, tuttavia, prosegue l'atto dell'amministrazione penitenziaria, ha anch'esso "carattere derogatorio" e non può dunque "trovare applicazione analogica ed estensiva".

Riteniamo che tale, non argomentata, conclusione in merito all'inammissibilità di interpretazione estensiva di una norma eccezionale non possa essere condivisa (*nulla questio* invece con riferimento al divieto di applicazione analogica, essendo lo stesso desumibile dal combinato disposto degli articoli 14 disp. prel. c.c. e 25, comma 2, Cost.).

Il punto 20 sottolinea, poi, come l'obiettivo da raggiungere sia, in base alla stessa lettera del citato articolo 61, comma 2 "quello di affrontare la crisi la allontanamento del soggetto dal nucleo familiare". In tal senso, la circolare invita i direttori degli istituti penitenziari ad effettuare "accurati accertamenti sulla realtà familiare", dovendosi "verificare l'esistenza del nucleo familiare e soprattutto il sopravvenire di una situazione di crisi causata … dall'allontanamento del soggetto". A tale ultimo fine, i direttori delle carceri sono invitati ad "avvalersi degli accertamenti svolti in altra sede penitenziaria, nel caso che il detenuto sia trasferito".

Ulteriore finalità indicata dalla norma in oggetto, sottolinea il punto 21, è quella di "rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore": la determinazione del concetto di 'valido' rapporto è dalla circolare rimesso al senso comune dei direttori, i quali sono comunque invitati a "motivare, con accurato e specifico riferimento all'istruttoria compiuta, il provvedimento che concede ulteriori colloqui".

In merito all'ulteriore obiettivo, di "preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita ed il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale", il punto 22 sottolinea come l'evenienza si ponga "nel tempo prossimo alla scarcerazione per fine pena o per ammissione a misure alternative non detentive, essendo imprevedibili dall'amministrazione gli altri casi di liberazione (caducazione del titolo restrittivo, grazia, estradizione, espulsione dallo Stato in luogo di esecuzione penale, ecc.)".

"Può presentare utilità particolare per la preparazione del detenuto alla vita esterna", prosegue la circolare, "il colloquio con i soggetti presso i quali egli possa svolgere attività lavorativa o corsi di formazione, entro un programma di trattamento quale affidato in prova, o anche in detenzione domiciliare presso comunità di rieducazione e formazione".

4.5.3. *Il diritto all'istruzione*

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla quale abbiamo fatto dianzi riferimento, si sofferma anche sul diritto all'istruzione, proclamando, all'art. 2, comma 1, che "a nessuno può essere interdetto il diritto all'istruzione" [110]. Tale diritto, assai rilevante ai fini del trattamento penitenziario, è inoltre sancito, con specifico riferimento a detenuti ed internati, dall'art. 19 della Legge n. 354/1975, nonché dagli articoli 41 e seguenti del D.P.R. n. 230/2000.

Il rispetto del diritto all'istruzione rappresenta strumento imprescindibile al fine di agevolare il reinserimento del detenuto nella società, tendendo a renderlo più consapevole delle scelte che dovrà compiere ed a prospettargli alternative alla vita precedentemente condotta.

Si comprende dunque il dettato dell'art. 19 della Legge n. 354/1975, il quale, rubricato "istruzione", statuisce che "negli istituti penitenziari la formazione culturale e professionale, è curata mediante l'organizzazione dei corsi della scuola d'obbligo e di corsi di addestramento professionale" (comma 1), con particolare cura da dedicarsi "alla formazione culturale e professionale dei detenuti di età inferiore ai venticinque anni" (comma 2). Il terzo comma, inoltre, contempla la possibilità che siano "istituite scuole di istruzione secondaria di secondo grado negli istituti penitenziari". Il quarto ed il quinto comma dell'art. 19, infine, prevedono – tra l'altro – che sia agevolato "il compimento degli studi dei corsi universitari ed equiparati" e "favorito l'accesso alle pubblicazioni contenute nella biblioteca, con piena libertà di scelta delle letture".

Le modalità operative dell'attuazione dei vari aspetti del diritto all'istruzione, sono delineate dal D.P.R. n. 230/2000, agli artt. 41 ("corsi di istruzione a livello della scuola d'obbligo"), 42 ("corsi di formazione professionale"), 43 ("corsi di istruzione secondaria superiore"), 44 ("studi universitari"), 45 ("benefici economici per gli studenti"), 46 ("esclusione dai corsi di istruzione e di formazione professionale"). Tale ultima disposizione, in particolare, statuisce un obbligo di diligenza a carico di detenuti ed internati, i quali – ai sensi del comma 1 dell'art. 46 – vengono esclusi dai corsi, ove tengano comportamenti che configurino "sostanziale inadempimento" dei propri compiti. La competenza per il provvedimento di esclusione è dal comma 2 della medesima disposizione attribuita al direttore dell'istituto, che ha tuttavia la possibilità di revocarlo, "ove il complessivo comportamento del detenuto o dell'internato ne consenta la riammissione ai corsi".

Il disposto dell'art. 46 ci sembra quanto mai opportuno, posto che l'istruzione – affinché sia in grado di perseguire le finalità ad essa connesse – presuppone una libera e convinta adesione da parte del detenuto o internato; in mancanza, essa non avrebbe alcuna possibilità di adempiere alla funzione rieducativa della pena. Tale valutazione positiva della norma è tuttavia subordinata ad un utilizzo attento e moderato, da parte del direttore dell'istituto, dello strumento che gli offre l'art. 46: questi, difatti, deve considerare la situazione di oggettiva difficoltà nella quale versa il recluso (anche in virtù del suo passato, certamente non agevole), il quale – sovente – ha avuto nella propria vita ben poche possibilità di studiare. Ne deriva che il provvedimento di esclusione dai corsi di istruzione e di formazione professionale, dovrà essere adottato solo ove la loro prosecuzione appaia inutile per il detenuto od internato e controproducente per i compagni di corso, che potrebbero essere negativamente influenzati dalla condotta di uno di essi. Ne consegue, altresì, che il direttore dell'istituto bene farebbe a ricorrere alla possibilità che gli concede il secondo comma dell'art. 46, revocando il provvedimento, non appena la condotta di colui che è stato escluso lasci intravedere una seria volontà di partecipare fattivamente ai corsi di istruzione.

4.5.4. *Il diritto al lavoro. Le previsioni costituzionali*

Il diritto di detenuti ed internati al lavoro, costituisce attuazione delle previsioni costituzionali contenute nell'art. 1 ("l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro"), nonché – tra gli altri – degli articoli 2, 3, 4. Ad esso è assegnato un ruolo di primo piano, sia dall'ordinamento penitenziario (Legge n. 354/1975) che dal regolamento di esecuzione dello stesso (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Il lavoro riveste un ruolo fondamentale nel trattamento penitenziario del detenuto od internato e, quindi, nel suo percorso rieducativo; è dunque logico (ed opportuno) che il legislatore ne abbia (minuziosamente) disciplinato le modalità di organizzazione all'interno (artt. 20, 20-*bis* O.P., art. 48 r.e.) ed all'esterno (art. 21 O.P., art. 48 r.e.) degli stabilimenti penitenziari.

Il tema che trattiamo, in virtù della sua indubbia rilevanza, è stato oggetto non solo di numerosissime pronunce giurisprudenziali, ma anche di atti normativi internazionali e di circolari del D.A.P.

La Carta Costituzionale, del resto, fondando la Repubblica italiana sul lavoro, riconosciuto quale diritto di tutti i cittadini (previsione, dunque, indubbiamente estesa ai detenuti), impegna la Repubblica a promuovere le condizioni che lo rendano effettivo (art. 4, comma 1, Cost.)[111].

A configurare il lavoro come vero e proprio diritto del detenuto, concorre lo stesso articolo 15 della Legge n. 354/1975, il quale, rubricato "elementi del trattamento", al comma 2, prevede che "ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato ed all'internato è assicurato il lavoro" [112].

Tale disposizione, dunque, rende – esplicitamente – il lavoro strumento principe del trattamento rieducativo, i cui elementi sono dal primo comma dello stesso articolo individuati, oltre che nel lavoro stesso, nell'istruzione, nella religione, nelle attività culturali, ricreative e sportive, nonché nell'agevolazione di "opportuni contatti con il mondo esterno" e dei "rapporti con la famiglia" [113].

4.5.4.1. *Il diritto al lavoro nella normativa internazionale*. – Come sottolineavamo, il diritto al lavoro dei detenuti è stato anche oggetto di atti normativi internazionali. Tra essi, un ruolo di primo piano va certamente riconosciuto alla Racc. C.M.C.E. del 12 febbraio 1987, recante "regole penitenziarie europee" [114], la quale dedica al tema del lavoro dei detenuti ben sei articoli (artt. 71-76).

Essa proclama che "il lavoro penitenziario deve essere considerato come un elemento positivo del trattamento, della formazione del detenuto e della gestione dell'istituto" (art. 71, comma 1).

Contempla, per i condannati, la possibilità di essere soggetti all'obbligo del lavoro, tuttavia "tenuto conto delle loro capacità fisiche e mentali, come determinate dal sanitario" (art. 71, comma 2).

Sancisce, poi, il diritto del detenuto a vedersi proporre "un lavoro sufficiente e di natura conveniente, o, nel caso, altre attività utili", al fine di "occuparlo durante la normale durata di una giornata di lavoro" (art. 71, comma 2). Vengono inoltre individuate le caratteristiche che, in coerenza alla finalità rieducativa del trattamento penitenziario, deve possedere il lavoro svolto, il quale deve essere "tale da conservare e aumentare la capacità del detenuto di guadagnarsi normalmente la vita dopo la sua dimissione".

Significativo, poi, il disposto del comma 5 dell'art. 71, che si spinge a prevedere il diritto dei detenuti, e dei giovani in particolare, ad una "formazione professionale per mestieri utili".

Il diritto(-dovere) dei detenuti di lavorare, ricomprende, ai sensi dell'art. 71, comma 6, anche quello di "scegliere il genere di lavoro che desiderano effettuare", seppur, ovviamente, con i limiti connessi ad una razionale selezione professionale, alle "possibilità dell'amministrazione ed alle esigenze di disciplina dell'istituto".

L'art. 72, comma 1, in coerenza con le prospettive di reinserimento sociale del detenuto, disciplina organizzazione e metodo di lavoro che, negli istituti "devono avvicinarsi nella misura del possibile a quelle che regolano un lavoro analogo nella società esterna, al fine di preparare il detenuto alle condizioni normali del lavoro libero". Il lavoro, prosegue tale disposizione, dovrebbe inoltre "rispondere alle regole giuridiche e tecniche in vigore ed essere organizzato nel quadro dei moderni metodi di gestione e produzione".

L'art. 73 prevede, poi, la possibilità, per i detenuti, non solo di svolgere un lavoro penitenziario (ai sensi del comma 1, lett. a, nei "locali, officine e tenute agricole" dell'amministrazione penitenziaria), ma anche extramurario: il comma 1, lett. b, difatti, apre alla possibilità di lavori da svolgersi "in collaborazione con imprenditori privati, all'interno o all'esterno dell'istituto, nel qual caso i datori di lavoro dovranno versare il salario normalmente dovuto, tenendo tuttavia conto del rendimento effettivo dei detenuti".

I successivi artt. 74 e 75, tendono ad equiparare i diritti del detenuto-lavoratore a quelli spettanti ad ogni altro lavoratore, prevedendo che debbano essere assicurati "sicurezza ed igiene" (art. 74, comma 1) e la possibilità di ottenere un indennizzo in caso di "incidenti sul lavoro e di malattie professionali" (art. 74, comma 2, il quale espressamente richiede che le condizioni di tale indennizzo siano "non meno favorevoli di quelle stabilite dalla legge per i lavoratori liberi").

Inoltre "il numero massimo giornaliero e settimanale di ore di lavoro per i detenuti deve essere fissato in conformità alle regole o agli usi locali concernenti il lavoro in libertà" (art. 75, comma 1). I detenuti, prevede poi il comma 2 dell'art. 75, "devono godere almeno di un giorno di riposo settimanale e di tempo sufficiente per istruirsi e per dedicarsi alle attività previste nel quadro del trattamento e in vista del loro reinserimento sociale".

Va infine rilevato come l'art. 76 sancisca il diritto dei detenuti ad un equo sistema di remunerazione del proprio lavoro (comma 1) e, inoltre, ad utilizzare almeno "una parte della propria remunerazione per l'acquisto

di oggetti autorizzati dal regolamento, destinati all'uso personale, e di inviarne una parte alla famiglia o spenderla per altri fini autorizzati" (comma 2) [115].

Il comma 3, inoltre, contiene una sorta di invito, all'amministrazione penitenziaria, a prevedere che buona parte della remunerazione sia dalla stessa accantonata "per costituire *un peculio* che sarà restituito al detenuto al momento della sua liberazione".

4.5.4.2. *La disciplina del diritto al lavoro nel diritto interno*. – Ad una dettagliata disciplina del diritto al lavoro dei detenuti, contenuta in atti internazionali, ne corrisponde una – non meno articolata – dettata da disposizioni normative statali.

In tal senso, la Legge n. 354/1975, dedica al tema in oggetto le previsioni degli articoli 20 ss., le quali appaiono degne di apprezzamento per il pieno (e dettagliato) riconoscimento del diritto al lavoro che esse contengono. Si precisa, inoltre, che il diritto al lavoro è regolato anche negli artt. 47 e 48 del D.P.R. n. 230/2000, ai quali si rinvia, contenendo essi una disciplina assai estesa e dettagliata che non può essere approfondita in tale sede.

L'art. 20, comma 1, della Legge n. 354/1975, sancisce che "negli istituti penitenziari devono essere favorite in ogni modo la destinazione dei detenuti e degli internati al lavoro e la loro partecipazione a corsi di formazione professionale. A tal fine, possono essere istituite lavorazioni organizzate e gestite direttamente da imprese pubbliche o private e possono essere istituiti corsi di formazione professionale organizzati e svolti da aziende pubbliche, o anche da aziende private convenzionate con la regione" [116].

Il lavoro penitenziario, ai sensi del comma 3 della medesima disposizio-

ne “è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro” [117].

Ma, pur se obbligatorio, precisa il comma 2 dell’art. 20, il lavoro “non ha carattere afflittivo ed è remunerato”: tale principio, strettamente connesso alla funzione specialpreventiva positiva che l’art. 27, comma 3, Cost. assegna alla pena, fonda il dettato comma 5, ai sensi del quale “l’organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale”.

Ed è proprio nell’ottica rieducativa che vanno letti i commi 6, 7, 8 dell’articolo 20, i quali mirano ad assicurare che il lavoro non sia vissuto con frustrazione dal detenuto od internato. Il comma 6, in particolare, richiede che “nell’assegnazione dei soggetti al lavoro” si tenga conto “esclusivamente dell’anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione, con l’esclusione dei detenuti e internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all’art. 14-*bis* della presente legge”.

Il comma 7, poi, mira a garantire la trasparenza nel collocamento al lavoro da svolgersi all’interno dell’istituto, richiedendo che esso avvenga “nel rispetto di graduatorie fissate in due apposite liste, delle quali una generica e l’altra per qualifica o mestiere”. La formazione delle graduatorie all’interno di tali liste è disciplinata dal comma 8, che prevede l’istituzione “presso ogni istituto”, di una commissione [118], il cui funzionamento, in modo da garantirne la trasparenza, è regolato dai commi 9 e 10 [119].

La funzione rieducativa, che – giammai – deve cedere il passo ad un ot-

tica meramente affittivo-punitiva, ispira poi i commi 11 (che sancisce, tra l'altro, doversi applicare, al lavoro all'esterno, "la disciplina generale sul collocamento ordinario ed agricolo") e 12 (che statuisce, per tutto quanto non previsto dall'articolo in commento, l'applicabilità della "disciplina generale sul collocamento").

Alla disciplina generale, inoltre, rimanda il comma 16 per ciò che concerne "la durata delle prestazioni lavorative", la quale "non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro" e, alla stregua di tali leggi, garantisce "il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale"[120].

L'art. 20 è stato inoltre oggetto, nel 2001, di una pronuncia della Corte Costituzionale, con la quale la Consulta – nell'ottica del necessario riconoscimento ai lavoratori detenuti degli stessi diritti dei lavoratori liberi – ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 20, comma 16, Legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria[121].

Ed è sempre il tentativo di rendere lo *status* giuridico del detenuto-lavoratore non eccessivamente deteriore rispetto a quello del cittadino libero-lavoratore ad animare le circolari D.A.P. 2 ottobre 2000, n. 574810/10 e 15 gennaio 2001, n. 497135/10 (entrambe rubricate "indennità di malattia ai detenuti lavoranti, per i primi tre giorni") le quali espressamente prevedono la necessità di adeguarsi alla disciplina prevista dai CC.CC.NN.LL. (e che dunque l'indennità di malattia ai detenuti lavoranti venga, come disposto dall'art. 2110 c.c., posta a carico dell'amministrazione) unitamente a quella di quantificare tale indennità in misura pari al 50% di quella "pagata dall'Inps a decorrere dal quarto girono di assenza per malattia"[122].

Nella prospettiva della finalizzazione alla rieducazione e, dunque, della

massima attenzione riservata alle esigenze ed aspirazioni di detenuti ed internati, il comma 14 dell'art. 20 citato prevede che, ove essi "mostrino attitudini artigianali, culturali o artistiche, possono essere esonerati dal lavoro ordinario ed essere ammessi ad esercitare per proprio conto, attività artigianali, intellettuali o artistiche". D'altro canto, statuisce il comma 15, "i soggetti che non abbiano sufficienti cognizioni tecniche possono essere ammessi ad un tirocinio retribuito".

L'art 5 della Legge 22 giugno 2000, n. 193, ha inoltre aggiunto all'articolo in commento il comma 12-*bis*, il quale prevede la possibilità, per le amministrazioni penitenziarie, centrali e periferiche, di stipulare "apposite convenzioni con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire a detenuti o internati opportunità di lavoro" [123] ed il comma 16-*bis* che, relativamente al lavoro di detenuti ed internati, rende inapplicabili le incapacità derivanti da condanne penali o civili "per la costituzione e lo svolgimento di rapporti di lavoro nonché per l'assunzione della qualità di socio nelle cooperative sociali di cui alla Legge 8 novembre 1991, n. 381".

Circa la destinazione dei prodotti delle lavorazioni penitenziarie, il comma 13 statuisce che "in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato e di quelle di contabilità speciale", le direzioni degli istituti penitenziari "possono, previa autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia, vender[li] a prezzo pari o anche inferiore al loro costo, tenuto conto, per quanto possibile, dei prezzi praticati per prodotti corrispondenti nel mercato all'ingrosso della zona in cui è situato l'istituto".

L'ultimo comma dell'articolo in commento, al fine di consentire al Parlamento la verifica dello "stato di attuazione delle disposizioni di legge relative al lavoro dei detenuti nell'anno precedente", prevede che "entro il 31 marzo di ogni anno il Ministro di grazia e giustizia trasmett[a] al Parlamento una analitica relazione" in merito.

Con riferimento alle modalità di organizzazione del lavoro – collegate ad una sempre maggiore apertura all'esterno, funzionale all'adempimento del dettato dell'art. 27, comma 3, Cost. – non può omettersi un cenno all'articolo 20-*bis* ("modalità di organizzazione del lavoro") della Legge n. 354/1975, il quale (aggiunto dall'art. 2 del D.L. 14 giugno 1993, n. 187, conv. con Legge 12 agosto 1993, n. 296) contempla la possibilità, per il provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria, di "affidare, con contratto d'opera, la direzione tecnica delle lavorazioni a persone estranee all'Amministrazione penitenziaria, le quali curano anche la specifica for-

mazione dei responsabili delle lavorazioni e concorrono alla qualificazione professionale dei detenuti, d'intesa con la regione" [124].

Il secondo comma dell'art. 20-*bis* attribuisce, inoltre, all'amministrazione penitenziaria la facoltà di promuovere "la vendita dei prodotti delle lavorazioni penitenziarie anche mediante apposite convenzioni da stipulare con imprese pubbliche o private, che abbiano una propria rete di distribuzione commerciale".

Per adeguare la vendita dei prodotti penitenziari alle regole del "mercato", il comma 3 prevede che "previo assenso della direzione dell'istituto, i privati che commissionano forniture all'Amministrazione penitenziaria possono, in deroga alle norme di contabilità generale dello Stato e a quelle di contabilità speciale, effettuare pagamenti differiti, secondo gli usi e le consuetudini vigenti".

4.5.4.3. *Lavoro all'esterno*. – La rieducazione del condannato costituisce la *ratio*, inoltre, dell'art. 21 della legge n. 354/1975, il quale, rubricato "lavoro all'esterno", al comma 1 prevede, con più ampiezza a seguito dell'intervento della Legge 10 ottobre 1986, n. 663 (prima della quale era possibile solo lo svolgimento di attività lavorativa presso *aziende agricole o industriali*), la possibilità che detenuti ed internati siano "assegnati al lavoro all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'articolo 15", ossia degli scopi concernenti il trattamento [125]. La stessa disposizione, tuttavia, pone dei limiti ove ci si trovi in presenza di soggetto condannato alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis* (in tal caso "l'assegnazione al lavoro esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni") ovvero di condannati all'ergastolo, i quali possono beneficiare dell'assegnazione al lavoro all'esterno solo "dopo l'espiazione di almeno dieci anni".

In base al quarto comma dell'articolo 21 O.P. "il provvedimento di am-

missione al lavoro all'esterno diviene esecutivo dopo l'approvazione del magistrato di sorveglianza".

La lettura di tale disposizione va collegata a quella dell'art. 48 del D.P.R. n. 230/2000, il quale subordina la possibilità di ammissione al lavoro all'esterno alla previsione della stessa nel programma di trattamento che, in virtù del disposto dell'art. 69 O.P., deve essere approvato dal magistrato di sorveglianza.

Come si osserva in dottrina, mentre in merito al programma di trattamento il magistrato di sorveglianza effettua un controllo di mera legittimità, il suo vaglio diviene ben più penetrante con riferimento al provvedimento con il quale "il direttore, sia pure in attuazione del programma già approvato, ammette il detenuto o l'internato al lavoro all'esterno" [126].

In tal ultimo caso il giudicante opera un esame di merito, al quale è inscindibilmente connessa la necessità che il provvedimento di ammissione del direttore "sia adeguatamente motivato con la specificazione dei concreti elementi in base ai quali è stato esercitato il potere discrezionale e con la valutazione delle indagini svolte nell'istruzione della pratica" [127].

Il delicato ruolo assegnato al direttore dell'istituto in tema di lavoro all'esterno, ha stimolato – unitamente alla grande rilevanza che in concreto è venuta assumendo l'istituto in commento – l'emanazione di circolari da parte dell'amministrazione penitenziaria.

Alla circolare del 1986 [128], che – emanata a poche settimane di distanza dall'entrata in vigore della Legge 10 ottobre 1986, n. 633 – si soffermava sulle modifiche da tale testo normativo apportate alla disciplina del lavoro all'esterno, del quale delineava inoltre le modalità operative, è seguito, il 30 maggio 1988, ulteriore atto dell'amministrazione penitenziaria [129] che, rubricato "lavoro esterno e permesso premio", rilevava come tali due istituti avessero un "grande e positivo significato in relazione agli obiettivi di rieducazione e recupero sociale dei detenuti, che giustamente caratterizzano in senso di crescente umanità e civiltà il nostro sistema penitenziario". E, in tal senso, l'amministrazione si impegnava "con piena convinzione, sempre più determinata ad attuare i principi del vigente ordinamento penitenziario nel modo più completo e con la maggiore fedeltà alla lettera ed allo spirito delle leggi di riforma per un carcere sempre più umano, civile e rispettoso della legalità". In esecuzione di tale impegno, tra l'altro, si affrontava il delicato aspetto del ruolo assegnato in materia alla magistratura di

sorveglianza ed ai direttori degli istituti, invitandosi questi ultimi “a trasmettere ai magistrati competenti tutti gli elementi, dati, informazioni e notizie” al fine di consentir loro di “motivatamente autorizzare od approvare le ammissioni al lavoro all’esterno o concedere i permessi premio, restando inoltre a loro disposizione” al fine di fornire le integrazioni informative necessarie.

Con riferimento ai poteri assegnati dalla legge ai direttori degli istituti penitenziari in tema di lavoro all’esterno e permessi premio, si sottolineava inoltre – con un indiretto richiamo alla funzione generalpreventiva ed a quella specialpreventiva della pena – come la delicatezza del compito derivasse da vari fattori:

– le “conseguenze immediate riguardo al singolo detenuto o internato, ove questi, tradendo la fiducia accordatagli, si [fosse sottratto] alla esecuzione della pena, magari commettendo ulteriori reati”;

– l’“allarme sociale” che ne sarebbe conseguito unitamente al “senso di frustrazione” che inevitabilmente avrebbero avvertito “forze dell’ordine e … magistratura per la vanificazione degli sforzi compiuti per assicurare il colpevole alla giustizia”;

– “la legittima indignazione ed i timori delle vittime del delitto e dei loro familiari e parenti”.

Tali considerazioni anticipano la necessità, avvertita negli anni successivi dal legislatore, di assegnare un ruolo di primo piano all’autorità giudiziaria nella procedura che conduce all’ammissione al lavoro all’esterno, adottando – contestualmente – una normativa più restrittiva (della quale emblematica espressione appaiono le Leggi n. 203/1991 e n. 356/1992). Ciò anche in virtù dell’esigenza, derivatane, di superare la situazione patologica determinata dal quadro normativo vigente a partire dal 1975, il quale aveva consentito di “utilizzare l’ammissione al lavoro esterno quale strumento per la concessione, in sostanza, di misure alternative a discrezione dell’Amministrazione ed a soggetti cui le misure stesse non avrebbero potuto essere concedute dal competente organo giurisdizionale … per l’esistenza di preclusioni … ovvero per la mancata maturazione dei prescritti termini” [130].

Con ulteriore circolare dedicata al lavoro all’esterno [131], l’amministrazione penitenziaria non ha inoltre mancato di rilevare, in senso autocritico, come – dai provvedimenti di ammissione al lavoro all’esterno – emergesse

un'interpretazione della normativa non sempre corretta. In particolare, si censurava la prassi di prevedere, in tali provvedimenti, lo svolgimento di attività "comunque utili al reinserimento sociale", le quali non erano imprescindibilmente connesse all'attività lavorativa nonché alle modalità ed ai tempi prefissati per questa. Nell'ambito dell'art. 21 della Legge n. 354/1975, proseguiva la circolare, non sembravano dunque proponibili prescrizioni che permettessero "la partecipazione del detenuto in orari diversi, ad attività varie, diverse e difficilmente rapportabili a quelle lavorative (compresi incontri, convegni, dibattiti, interviste, trasmissioni radio-televisive, ecc.) o incarichi in altri comuni limitrofi o in altre sedi rispetto a quella concordata, specie se di tale ampiezza e generalità e con tale intensità e frequenza di uscita da favorire la più ampia libertà di movimento e di azione tali da vanificare ogni reale possibilità di effettuare i controlli diretti a verificare sia l'osservanza delle prescrizioni sia che il lavoro si svolga nel pieno rispetto dei diritti e della dignità".

Nella prospettiva di rendere il contatto con il mondo esterno non traumatico ed effettivamente propedeutico ad un reinserimento sociale del condannato, il secondo comma dell'art. 21 sancisce la regola in base alla quale "i detenuti e gli internati assegnati al lavoro all'esterno sono avviati a prestare la loro opera senza scorta". Tale previsione patisce tuttavia una deroga, sancita dal medesimo comma 2, ove sussistano "motivi di sicurezza" che impongano la scorta.

È sempre il comma 2, poi, a richiedere, per l'ammissione degli imputati al lavoro all'esterno la "previa autorizzazione della competente autorità giudiziaria". Con riferimento alla questione dell'impugnabilità del provvedimento che decide in merito a tale autorizzazione (rilasciata dal magistrato di sorveglianza), la Suprema Corte ne ha statuito, con orientamento costante, la non ricorribilità per cassazione, trattandosi di provvedimento avente "natura amministrativa" e che nemmeno "può farsi rientrare nell'ambito degli atti che incidono comunque sulla libertà personale, ricorribili *ex* art. 111 Cost." [132]. Ne deriva, secondo altra pronuncia della Corte di Cassazione, che – oltre a non potersi ipotizzare il ricorso per cassazione *ex* art. 111 Cost. – nemmeno

è esperibile alcuno tra i "mezzi di impugnazione previsti dal codice di procedura penale, che non prevede al riguardo rimedi di sorta"[133].

Una particolare cautela è sancita dal comma 3 dell'art. 21, il quale, ove il lavoro all'esterno sia esercitato presso imprese private, richiede "il diretto controllo della direzione dell'istituto a cui il detenuto o l'internato è assegnato, la quale può avvalersi a tal fine del personale dipendente e del servizio sociale".

Le disposizioni dell'art. 21 (nonché quella di cui al secondo periodo del comma sedicesimo dell'art. 20), si applicano, ai sensi del comma 4-*bis* della medesima disposizione "ai detenuti ed agli internati ammessi a frequentare corsi di formazione professionale all'esterno degli istituti penitenziari".

Va rilevato come, al fine di favorire l'apertura del mondo imprenditoriale esterno alla realtà carceraria – e, contestualmente, il trattamento rieducativo dei detenuti – la Legge 22 giugno 2000, n. 193, abbia ampliato il novero dei soggetti la cui assunzione consente alle cooperative sociali di ottenere uno sgravio contributivo: vi risultano adesso inclusi, oltre ai condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione, anche le persone detenute o internate negli istituti penitenziari.

Ed è proprio l'intento di favorire il collegamento tra detenuti e ristretti da un lato, e realtà imprenditoriale dall'altro, che, nel 2001, ha indotto l'amministrazione penitenziaria a prevedere, con l'art. 28, comma 1 della circolare n. 627698-2/11, che "la direzione dell'istituto individua le imprese, pubbliche e private, idonee a collaborare al trattamento penitenziario, mettendo a disposizione adeguati posti di lavoro per i detenuti e gli internati"[134]. Il comma successivo, inoltre, sancisce a carico della direzione il dovere di attivarsi "per garantire, nei limiti del possibile, il lavoro a tutti i detenuti e internati, adottando ogni utile iniziativa nell'ambito delle disposizioni vigenti in materia".

Va anche rilevato come il comma 4 dello stesso articolo 28 operi un tentativo di incentivare il ruolo propulsivo degli operatori penitenziari, statuendo che essi debbano provvedere "a stimolare il senso di responsabilità dei detenuti o internati lavoranti, affinché espletino l'attività lavorativa con impegno e professionalità, in modo che il lavoro penitenziario rispecchi quanto più possibile quello svolto nell'ambiente libero"[135].

Sarebbe certamente interessante soffermare la nostra attenzione su ulteriori circolari del D.A.P., ma ciò non è possibile in tale sede, salvo rilevare come l'amministrazione penitenziaria non abbia mancato di soffermarsi su tematiche che sempre più si manifestano la loro drammatica attualità: ci riferiamo, in particolare, al diritto al lavoro dei cittadini extracomunitari sottoposti a sanzione penale[136].

Non meno drammatica, del resto, risulta essere la questione relativa al diritto al lavoro di detenuti ed internati tossicodipendenti, disciplinato dall'art. 124 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, al quale si rinvia.

4.6. *Permessi*

L'istituto del permesso, introdotto nel nostro ordinamento dalla Legge n. 354/1975, subì, a seguito del notevole impatto che ebbe sull'opinione pubblica la commissione di reati da parte di ristretti nel periodo in cui ne beneficiarono, una restrizione ad opera della Legge 12 gennaio 1977, n. 1[137].

La possibilità di ottenere permessi, mediante i quali detenuti ed internati possono trascorrere un breve periodo in libertà, è stata poi nuovamente ampliata ad opera della Legge n. 663/1986[138].

Le fonti normative che disciplinano la materia dei permessi sono ad oggi rappresentate, principalmente, dall'ordinamento penitenziario (articoli 30, 30-*bis*, 30-*ter*, 53-*bis*) e dal D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (articoli 64, 65, 66)[139]. Rilevanti appaiono i risvolti pratici dei permessi: ne è derivata, anche in tal caso, l'emanazione – da parte dell'amministrazione penitenziaria, nonché dei competenti uffici del Ministero di Grazia e Giustizia – di

circolari che interesserebbero la nostra indagine, ma la cui analisi, per esigenze di spazio, non può essere effettuata in tale sede [140].

Va innanzitutto menzionato l'art. 30 O.P. ("permessi") il quale, al primo comma [141], prevede che "nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati e agli internati può essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento l'infermo".

La medesima disposizione, inoltre, disciplina la competenza per la concessione di analogo permesso agli imputati, attribuendola all'autorità giudiziaria "che materialmente dispone del processo" [142].

Le spinose questioni relative alla competenza hanno reso necessario il frequente pronunciarsi della Corte di Cassazione, al fine di dirimere dubbi applicativi. La Suprema Corte ha così sancito che "la magistratura di sorveglianza è istituzionalmente preposta … a 'vigilare' sulla 'esecuzione delle pene detentive' … e pertanto, ogni sua funzionale competenza non può venire in evidenza se non dopo l'instaurarsi del rapporto di esecuzione da parte degli organi a ciò preposti dall'art. 577 c.p.p.; nel periodo temporale intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza di condanna ed il concreto inizio della esecuzione ... il soggetto interessato – non più imputato, ma nello '*status*' particolare di condannato in attesa di espiazione – versa in una posizione processuale nel contesto della quale ogni determinazione compete, in via esclusiva, agli organi esecutivi a cui è attribuito il potere-dovere di porre in esecuzione la condanna. Pertanto, la competenza al rilascio dei permessi ai soggetti che eccezionalmente si trovino nella predetta situazione va attribuita, nel silenzio della legge, all'organo dell'esecuzione instauranda" [143].

La Corte di Cassazione ha inoltre negato che sia competente il g.i.p. "in materia di rilascio – nei confronti del sottoposto alla misura cautelare applicata su richiesta del pubblico ministero – dei permessi previsti dall'*art. 30* della Legge 26 luglio 1975, n. 354, attesa anche la mancanza di ogni co-

noscenza, da parte del giudice, circa lo stato delle indagini e le relative esigenze di sicurezza" [144].

Ancora riguardo alla competenza al rilascio del permesso, la Suprema Corte ha statuito che "sulla richiesta di permesso avanzata da imputato detenuto in custodia cautelare per reato in ordine al quale sia intervenuta sentenza di condanna in primo grado, avverso la quale sia stato proposto appello senza che gli atti siano stati ancora trasmessi al giudice del gravame, è competente a provvedere, ai sensi del combinato disposto dell'art. 30 dell'ordinamento penitenziario, dell'art. 590 c.p.p. e dell'art. 91 disp. att. c.p.p., il giudice che ha pronunciato la suddetta sentenza" [145].

Tale pronuncia può essere letta quale esplicitazione dell'orientamento che (al fine di consentire la decisione sull'istanza con la rapidità imposta dalla natura dell'atto e con la disponibilità degli elementi di valutazione consentiti dalla persistente giacenza – esaurito un grado del giudizio – degli atti processuali) argomenta che la competenza a provvedere sulle richieste dell'imputato permanga in capo al giudice che, al momento, ha la materiale disponibilità del processo [146].

E, ancora, la Corte di Cassazione è intervenuta ad individuare l'autorità giudiziaria competente a rilasciare il permesso ove la "persona che si trovi in carcere cumuli in sé la condizione soggettiva di condannato in espiazione di pena e quella di imputato", statuendo che "ai fini della concessione del permesso prevale la competenza prevista per tale ultima situazione dall'art. 30 dell'ordinamento penitenziario" [147].

Va tuttavia sottolineato che non manca, riguardo a tale ultimo punto, un contrario orientamento della Corte di Cassazione, in base al quale, in ipotesi del tipo di quella dianzi delineata, la competenza spetterebbe "contemporaneamente al magistrato di sorveglianza ed al giudice procedente", in virtù della "diversità dei criteri di valutazione che devono essere utilizzati: il magistrato di sorveglianza dovrà basarsi sulla condotta tenuta in carcere dal condannato; il giudice procedente sulle esigenze connesse al procedimento in corso, che possono comportare l'opportunità di avere a disposizione l'imputato" [148]. Tuttavia, si sottolinea in dottrina "nella pratica la prima soluzione si presenta come prevalente" [149].

Apre alla possibilità di una più ampia concessione del beneficio in commento il disposto del secondo comma dell'art 30 [150], ai sensi del quale "analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi di particolare gravità".

In giurisprudenza, è stato precisato che la particolare gravità, di cui al secondo comma dell'art. 30, va riferita non solo ad eventi luttuosi o drammatici, ma a qualsiasi avvenimento particolarmente significativo nella vita di una persona [151].

Il terzo comma dell'art. 30 stabilisce, poi, le conseguenze alle quali va incontro il detenuto che, senza giustificato motivo, non rientri in istituto allo scadere del permesso: "se l'assenza si protrae per oltre tre ore e per non più di dodici", questi "è punito in via disciplinare"; ove, invece, l'assenza si protragga per un tempo maggiore, è prevista la punibilità del soggetto, ai sensi "del primo comma dell'articolo 385 del codice penale ed è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dello stesso articolo".

L'assenza ingiustificata per un periodo superiore a dodici ore, dunque, viene equiparata alla consumazione del reato di evasione.

L'analisi del terzo comma ne evidenzia lo spirito di *favor rei*: la fattispecie prevista dall'art. 385 c.p., in mancanza di tale speciale disposizione normativa, dovrebbe ritenersi consumata, immediatamente, con l'allontanamento del soggetto ristretto.

Si comprende, alla luce di tali considerazioni, come il *favor rei* animi, inoltre, l'ultimo comma dell'art. 30 della Legge n. 354/1975, che prevede una mera punizione disciplinare per l'internato che rientri in istituto "dopo tre ore dalla scadenza del permesso senza giustificato motivo".

In tema di consumazione del reato di evasione in caso di imputato al quale sia stato concesso il permesso di recarsi al lavoro, la Corte di Cassazione ha statuito che non integra gli estremi di tale reato "la condotta dell'imputato che, trovandosi agli arresti domiciliari con autorizzazione ad uscire dalla propria abitazione per recarsi al lavoro, arbitrariamente si allontani, per qualche istante, dal luogo di lavoro" [152].

La lettura dell'art. 30 O.P., deve essere integrata con l'analisi del disposto dell'art. 64 del D.P.R. n. 230/2000, il quale, rubricato "permessi", disciplina numerosi aspetti di tale istituto: la durata massima (cinque giorni),

il contenuto del provvedimento di concessione (tra cui l'osservanza di particolari orari ed obblighi, ivi compreso quello di presentazione alle autorità di pubblica sicurezza) e la forma dello stesso (decreto motivato) [153]. Alla lettura di tale, analitica norma deve rinviarsi, non essendo possibile in tale sede soffermarsi su ognuno degli aspetti che la concernono.

4.6.1. *Provvedimenti e reclami in materia di permessi*

Il legislatore, con l'art. 2 della Legge 20 luglio 1977, n. 450, e, dunque, a due soli anni di distanza dall'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, ha modificato la disciplina in tema di permessi, inserendo l'art. 30-*bis* ("provvedimenti e reclami in materia di permessi"), il quale (comma 1) impone all'autorità competente, prima di pronunciarsi sull'istanza di permesso "di assumere informazioni sulla sussistenza dei motivi addotti, a mezzo delle autorità di pubblica sicurezza, anche del luogo in cui l'istante chiede di recarsi". Già dal primo comma di tale articolo si comprende come il disposto dell'art. 30-*bis* O.P. sia stato dettato da preoccupazioni di carattere general-preventivo, temendosi gli effetti negativi che, per la credibilità dell'ordinamento, sarebbero derivati da una frettolosa – e troppo generosa – concessione di permessi.

Tale chiave di lettura spiega anche il dettato dell'ultimo comma dell'art. 30-*bis*, ai sensi del quale "il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito, con relazione trimestrale, degli organi che li hanno rilasciati".

L'articolo in commento, richiede, poi, l'adozione di "provvedimento motivato" per la decisione dell'istanza (comma 2) e delinea le modalità di comunicazione ("senza formalità, anche a mezzo del telegrafo o del telefono") del provvedimento "al pubblico ministero e all'interessato, i quali, entro ventiquattro ore dalla comunicazione, possono proporre reclamo, se il provvedimento è stato emesso dal magistrato di sorveglianza, alla sezione di sorveglianza, o, se il provvedimento è stato emesso da altro organo giudiziario, alla corte di appello" (comma 3) [154].

L'art. 30-*bis,* inoltre, prevede – al comma 4 – che "la sezione di sorveglianza o la corte di appello, assunte, se del caso, sommarie informazioni, provvede entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo dandone immediata comunicazione ai sensi del comma precedente" [155].

La Suprema Corte che, come abbiamo sottolineato, in tema di ammissione al lavoro all'esterno ha sancito l'inammissibilità del ricorso per Cassazione avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza, si è pronunciata in senso analogo anche con riferimento al tema in commento, ritenendo "inammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento adottato – ai sensi dell'art. 30-*bis* della Legge 26 luglio 1975, n. 354 – dalla sezione di sorveglianza o dalla corte d'appello sul reclamo proposto dal P.M. o dall'interessato contro un provvedimento in materia di permessi ai condannati, ai detenuti e agli internati, emanato dal magistrato di sorveglianza o da altro organo giudiziario". Ciò in quanto, ha argomentato la Cassazione, "tale provvedimento, al pari di quello emanato in primo grado, ha natura ed efficacia di provvedimento amministrativo attinente alle modalità del trattamento penitenziario e diretto ad attenuare il rigore del regime custodiale e non può essere, quindi, sussunto nella categoria dei provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, contro i quali, a norma dell'art. 111, comma 2, Cost. è sempre ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge" [156].

Venendo ora al quinto comma dell'art. 30-*bis* sottolineiamo come esso sancisca una incompatibilità per "il magistrato di sorveglianza, o il presidente della corte d'appello", il quale non può far parte "del collegio che decide sul reclamo avverso il provvedimento da lui emesso" [157].

Va infine rilevato, in materia, come la Corte Costituzionale sia intervenuta per dichiarare costituzionalmente illegittimo il combinato disposto degli articoli 14-*ter*, primo, secondo e terzo comma e 30-*bis*, della Legge n. 354/1975, nella parte in cui non consentono l'applicazione degli artt. 666 e 678 c.p.p. nel procedimento di reclamo avverso il decreto del magistrato di

sorveglianza che esclude dal computo della detenzione il periodo trascorso in permesso-premio [158].

4.6.2. *Permessi premio*

Il legislatore ha introdotto una rilevante modifica alla disciplina dei permessi contenuta nella Legge n. 354/1975 con l'art. 9 della Legge 10 ottobre 1986, n. 663, il quale ha inserito l'articolo 30-*ter* ("permessi premio") [159], il cui primo comma [160], prevede che "ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolosi, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione" [161].

Va rilevato come la disposizione ora citata limiti ai soli "condannati" (a differenza dei permessi disciplinati dall'art. 30 che, come abbiamo evidenziato, sono concedibili anche ad imputati ed a internati) la possibilità di concedere permessi premio.

Tale dizione, deve intendersi come estesa anche ai condannati militari, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 30-*ter*, quarto comma, nella parte in cui non prevedeva l'ammissione al permesso premio dei condannati alla reclusione militare [162].

La condotta regolare richiesta ai fini della concessione dei permessi pre-

mio è dal comma 8 dell'articolo 30-*ter* identificata con l'aver il richiedente manifestato, durante la detenzione "costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali".

Oltre alla regolare condotta, il comma 1 del medesimo art. 30-*ter* richiede – ai fini della concessione di permessi premio – l'assenza di pericolosità sociale del condannato nonché l'aver questi coltivato "interessi affettivi, culturali o di lavoro": tale ultimo requisito, in particolare, manifesta una assoluta indeterminatezza, lasciando al giudice una amplissima discrezionalità. Deve dunque ritenersi che, nella motivazione del provvedimento di decisione, l'autorità giudiziaria debba – quantomeno – espressamente indicare le ragioni che lo hanno indotto a ritenere o meno sussistente ognuno dei requisiti di cui all'art. 30-*ter*.

Con opportuna previsione, il terzo comma dell'art. 30-*ter* inquadra i permessi premio nell'ambito "del programma di trattamento" e, conseguentemente, prevede per essi la necessaria assistenza di "educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio".

Il quarto comma, poi, delinea [163] inderogabili "sbarramenti", limitando la concedibilità dei permessi premio ai condannati:

– "all'arresto o alla reclusione non superiore a tre anni anche se congiunta all'arresto" (lett. a);

– "alla reclusione superiore a tre anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena" (lett. b);

– "alla reclusione per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis*, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni" (lett. c) [164];

– all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni (lett. d).

Va rilevato che, ai fini del computo di tali termini, in virtù del disposto dell'art. 54, comma 4, della Legge n. 354/1975, la parte di pena detratta per concessione della liberazione anticipata si considera scontata.

Il comma 5 dell'articolo 30-*ter*, inoltre, non consente la concessione dei permessi premio prima che siano "decorsi due anni dalla commissione del fatto", nei "confronti dei soggetti che durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive" abbiano riportato condanna o siano imputati "per

delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale".

La Corte Costituzionale ha tuttavia dichiarato tale comma, introdotto dall'art. 9 della Legge 10 ottobre 1986, n. 663, costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui si riferisce ai minorenni [165].

Il *dictum* della Consulta può ben essere collegato alla disciplina di maggior favore prevista a favore dei condannati minori di età, i quali – ai sensi del secondo comma dell'articolo in commento – possono godere dei permessi premio per un periodo più ampio ("venti giorni" per ogni concessione e, inoltre, "la durata complessiva" può giungere sino a "sessanta giorni in ciascun anno di espiazione") [166].

Vanno infine richiamati i due ultimi commi dell'art. 30-*ter*, che rendono estensibili "ove del caso" ai permessi premio "le cautele previste per i permessi di cui al primo comma dell'articolo 30", impongono inoltre l'applicazione delle disposizioni di cui al terzo e al quarto comma dello stesso articolo (comma 6) e statuiscono che "il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza, secondo le procedure di cui all'articolo 30 *bis*" (comma 7).

In tema di impugnabilità del provvedimento che decide sul reclamo, si è pronunciata la Corte di Cassazione, rilevando che essi "hanno soltanto natura amministrativa e sono soggetti a reclamo" e che, inoltre, essi "per il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, non sono soggetti a ricorso per cassazione" [167].

Nello stesso senso, la Suprema Corte ha successivamente avuto modo di precisare che "i provvedimenti emessi in materia di permessi e di permessi premio dal Tribunale di sorveglianza in sede di reclamo *ex* artt. 30-*bis* e 30-*ter*, comma settimo, ord. pen. non sono soggetti ad alcun mezzo di gravame, non apparendo neppure ricorribili ai sensi degli artt. 111 Cost. e 568 cod. proc. pen. non essendo la concessione od il diniego dei menzionati permessi annoverabile tra i provvedimenti concernenti la libertà personale, bensì tra quelli che regolano il regime carcerario e che hanno natura amministrativa" [168]. Come si vede, dunque, la Cassazione ha adottato – e non poteva che essere così – una soluzione analoga a quella già accolta riguardo alla questione dell'impugnabilità del provvedimento emesso dal magistrato

di sorveglianza in tema di lavoro all'esterno nonché di quello adottato ai sensi dell'art. 30-*bis.*

4.6.2.1. *Permessi premio per i (pluri)-recidivi a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 251 del 5 dicembre 2005 (c.d.* "ex *Cirielli*"*)* – Il legislatore, allorché ha introdotto – con l'art. 9 della Legge 10 ottobre 1983, n. 663 – l'art. 30-*ter* ("permessi premio") nell'ambito dell'ordinamento penitenzario, ha certamente avuto ben presente la necessità di prevedere istituti che agevolassero il reinserimento nella società dei detenuti che di ciò apparissero meritevoli, in aderenza al dettato dell'art. 27, comma 3, Cost.

Innanzitutto, dunque, l'articolo 30-*ter*, legge n. 354 del 1975 ha assolto, e continua ad assolvere, ad una funzione specialpreventiva positiva[169]. Occorre dunque chiedersi, anche con riferimento alla modificata disciplina dei permessi premio, quale sia il senso e la portata delle modifiche introdotte dalla Legge n. 251 del 5 dicembre 2005 (c.d. «*ex* Cirielli»): contribuisce essa a delineare un sistema penale (comprensivo, dunque, anche della fase dell'esecuzione) assiologicamente orientato ai principi di politica criminale?

Per rispondere a tale quesito appare necessario, preliminarmente, sottolineare che – nell'ottica di un inasprimento del rigore repressivo – l'art. 7 della Legge n. 215 del 2005, in tema di permessi premio, prevede un notevole restringimento delle possibilità di accesso a tale beneficio per "i detenuti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del c.p.": ci si riferisce cioè alla c.d. recidiva reiterata, riferita alle ipotesi nelle quali il reato sia commesso da chi sia già recidivo[170].

Ebbene, in tale ottica rigoristica, l'art. 30-*quater* dell'ordinamento penitenziario ("concessione dei permessi premio ai recidivi"), introdotto dalle disposizioni in commento, sancisce che – *solo per i recidivi* di cui sopra – i permessi premio possano essere concessi nei medesimi casi previsti dal comma 4 dell'art. 30-*ter*, dovendosi tuttavia necessariamente rispettare ben più rigorosi vincoli temporali, relativi alla parte di pena già espiata.

In particolare, i suddetti recidivi potranno beneficiare dei permessi premio:

se condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a 3 anni anche se congiunta all'arresto, solo "dopo l'espiazione di un terzo della pena" (art. 30-*quater*, comma 4, lett. a). L'introduzione di tale limite temporale rappresenta una vera e propria novità per i condannati in oggetto, posto che, per essi, l'art. 30-*ter* non prevedeva alcun sbarramento temporale relativo alla possibile concessione del beneficio in commento;

se condannati alla reclusione superiore a tre anni "dopo l'espiazione della metà della pena" (art. 30-*quater*, comma 1, lett. b), a fronte della previsione dell'art. 30-*ter*, comma 4, che, ordinariamente, ritiene invece necessaria, per essi, la previa espiazione di solo un quarto della pena;

se condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, ovvero i condannati all'ergastolo "dopo l'espiazione di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni" (art. 30-*quater*, comma 1 lett. c): l'art. 30-*ter*, comma 4, lett. c) e d), prevede invece che ordinariamente sia necessario aver scontato almeno 10 anni in caso di condannati all'ergastolo, mentre – nelle altre ipotesi dianzi citate – è richiesta la previa espiazione "almeno metà della pena e, comunque, non oltre 10 anni" [171].

Come si vede, è previsto un trattamento giuridico assai deteriore per i condannati recidivi. D'altronde, simili inasprimenti sono previsti dalla Legge n. 251 del 2005, anche con riguardo alla stessa disciplina della recidiva nonché a quella delle circostanze, della prescrizione, della semilibertà (introducendosi nell'ambito dell'ordinamento penitenziario l'art. 50-*bis*, rubricato "concessione della semilibertà ai recidivi"), della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e dell'affidamento in prova in casi particolari nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente (innestando, la *ex* Cirielli, l'art. 94-*bis* – "concessione dei benefici ai recidivi" – nella struttura del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), nonché della sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.

Da tale quadro normativo deriva che, un consapevole giudizio sulla Legge 5 dicembre 2005, n. 251, non possa essere dato a prescindere dalla considerazione della natura giuridica dell'istituto della recidiva, della genesi storica dello stesso e, dunque, delle finalità politico-criminali che ad esso il legislatore ha di volta in volta assegnato. Difatti, come vedremo, tali finalità appaiono non agevolmente conciliabili con un sistema assiologicamente orientato ai principi costituzionalistici in materia penale.

La recidiva, che letteralmente significa 'ricaduta', sta ad individuare la condizione personale di "chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commetta[a] un altro" [172]. Va da sé che, la previsione di un aumento di

pena collegato unicamente alla precedente commissione di ulteriori reati, appaia difficilmente conciliabile con un diritto penale del fatto, che segua – come preferibile – una concezione oggettivistica, aderendo alla quale dovrà necessariamente ritenersi che "poiché il reato resta identico chiunque lo commetta", la pena debba essere "proporzionata al male commesso" [173], fatte salve – ovviamente – le diminuzioni dell'entità della pena giustificate da esigenze general-preventive e special-preventive.

La recidiva tende invece ad essere valorizzata nell'ambito delle concezioni soggettivistiche le quali, nell'ottica di un diritto penale della volontà, ritengono che essa esprima "una volontà antigiuridica persisente, una colpevolezza d'inclinazione, una colpa d'autore, che giustifica una maggiore retribuzione punitiva" [174].

Fu soprattutto a partire dalla seconda metà dell'ottocento che "il fenomeno del recidivismo cominciò a destare allarme" [175] e non è un caso, dunque, che la prima legge contro la recidiva è quella francese del 1885, la quale – in caso di recidivi ritenuti incorreggibili – aggiunse alla pena ordinaria "la relegazione a vita in una colonia o possedimento" [176].

Tuttavia la recidiva come categoria giuridica tardò ad affermarsi, essendo avversata dalla concezione classica del diritto penale, sulla quale insisteva la tradizionale dottrina ottocentesca, custode di una concezione retribuzionistica che, teorizzando una perfetta equazione tra pena e reato, si opponeva all'idea che effetti giuridici (*in primis*, l'aumento della sanzione) conseguissero alla nuova commissione di un reato da parte dello stesso autore [177].

Attualmente, invece – pur risultando superata "la vecchia tesi del maggior allarme sociale del reato del recidivo, poiché spesso soltanto i giudici e gli organi di polizia sanno delle precedenti condanne" [178] – la maggior parte

dei codici ha dato ingresso all'istituto della recidiva. Ciò, si opina in dottrina, in considerazione di esigenze special-preventive, in base alle quali si ritiene l'aumento di pena giustificato in quanto "la misura di pena inflitta in occasione della precedente condanna si è rivelata insufficiente a distogliere il reo dal commettere nuovi reati" [179]. Altri, invece, teorizzano che la recidiva abbia una funzione "bidimensionale", venendo essa in considerazione "sia in chiave retributiva (quale aspetto della colpevolezza per il fatto), sia in chiave preventiva (quale capacità di nuovi reati)" [180].

A noi sembra, invero, che le istanze animanti l'istituto della recidiva non possano ritenersi inquadrabili in un'ottica special-preventiva (e dunque strettamente connessa all'idea di rieducazione, la quale non può ritenersi connessa ad un mero aumento di pena), bensì, principalmente, nell'ambito di tendenze general-preventive, innanzitutto negative, tendendosi da parte dei legislatori (e questo, francamente, sembra essere l'unico senso che può plausibilmente attribuirsi anche alla legge in commento), ad assegnare alla recidiva un ruolo innanzitutto di intimidazione dei consociati (general-prevenzione negativa), mirandosi in tal modo, impropriamente, anche ad attirare consenso attorno alla linea di politica criminale seguita dalla maggioranza parlamentare (general-prevenzione positiva).

Riteniamo dunque che, al contrario di quanto il legislatore ha ritenuto di fare con la Legge n. 251 del 5 dicembre 2005, sarebbe stato opportuno muovere decisi passi verso la riduzione degli effetti giuridici connessi al recidivismo: esigenza che, del resto, i *conditores* già avvertirono nel 1974 allorché, approvando il D.L. 11 aprile 1974, n. 99, mitigarono il rigore sanzionatorio della recidiva aggravata e reiterata, introducendo altresì limiti all'aumento di pena connesso alla recidiva, al fine di evitare che la precedente condanna ad una pena di modesta entità potesse comportare un aumento anche consistente della pena per il nuovo reato [181]. E, soprattutto, introdussero la "generalizzata *facoltatività* dell'aumento di pena, che prima era invece obbligatorio in tutti i casi, con l'eccezione per la recidiva tra delitti e contravvenzioni, tra delitti dolosi o preteritenzionali e delitti colposi ovvero tra contravvenzioni, che già il codice del '30 prevedeva come facoltativa" [182]. Con ciò, è chiaro, non si vogliono tacere i grossi limiti che carat-

terizzano quella riforma e le problematiche che ad essa seguirono, tra cui l'attribuzione al giudice di un "amplissimo potere discrezionali ai limiti dell'arbitrio giudiziale, perché la legge omette in realtà di indicare i criteri-guida dell'esercizio di un pale potere" [183].

Di certo, tuttavia, il D.L. n. 99 del 1974, andava nella direzione auspicabile ed auspicata anche dall'orientamento che, nel dibattito relativo alla natura della recidiva, lo colloca tra le circostanze (derivandone, in primo luogo, la possibile assunzione della recidiva ad oggetto del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p.) in ciò contrastata dall'opposta impostazione dottrinale, che ritiene non concepibile come circostanza del fatto di reato uno *status* personale del soggetto derivante da una precedente condanna per un altro reato (tradizionale rilievo, questo, al quale oggi se ne aggiunge un secondo, facente leva sulla generalizzata facoltatività dell'istituto, introdotta dalla riforma del 1974) [184]. Stando a tale ultimo orientamento, dunque, la recidiva costituirebbe, più che una circostanza in senso tecnico, una sorta di indice di commisurazione della pena di natura analoga agli indici previsti dall'art. 133 [185]. La giurisprudenza, invece, con un atteggiamento che, in virtù delle esposte considerazioni politico-criminali ci sentiamo di condividere, aderisce alla tesi che vede nella recidiva una circostanza e – conseguentemente – da un lato ritiene obbligatoria e contestazione della recidiva e, dall'altro, ammette il giudizio di comparazione [186].

4.7. *Licenze*

Accanto alla possibilità di godere di permessi, la Legge n. 354/1975 prevede – a favore dei condannati – quella di beneficiare di licenze: in base al disposto del comma 1 dell'art. 52, al condannato ammesso al regime di semilibertà, possono concedersi "a titolo di premio una o più licenze di durata non superiore nel complesso a giorni quarantacinque all'anno" [187].

"Durante la licenza", precisa il comma 2, "il condannato è sottoposto al regime della libertà vigilata".

Le conseguenze di una eventuale trasgressione degli obblighi imposti al condannato sono, dal comma 3, individuate nella possibilità di revocare la licenza (senza che ciò comporti la revoca della semilibertà).

Statuisce infine il comma 4, che "al condannato che, allo scadere della licenza o dopo la revoca di essa, non rientra in istituto sono applicabili le disposizioni di cui al precedente articolo".

La disciplina delle licenze è inoltre contenuta nel successivo art. 53 ("licenze agli internati"), ai sensi del quale "agli internati può essere concessa una licenza di sei mesi nel periodo immediatamente precedente alla scadenza fissata per il riesame di pericolosità".

Il secondo comma di tale disposizione, inoltre, prevede la possibilità – per gli internati – di godere di "una licenza di durata non superiore a giorni quindici", ma solo "per gravi esigenze personali o familiari". Mentre, in virtù del terzo comma, al fine di favorire il "riadattamento sociale" può essere agli internati "concessa una licenza di durata non superiore a giorni trenta, una volta all'anno".

Ulteriore possibilità è prevista dal quarto comma a favore degli "internati ammessi al regime di semilibertà", ai quali possono essere concesse "a titolo di premio, le licenze previste nel primo comma dell'articolo precedente".

L'art. 53, quinto comma, statuisce poi che l'internato, durante la licenza, "è sottoposto al regime della libertà vigilata": analogamente a quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 52, tale disposizione prevede che "se l'internato durante la licenza trasgredisce agli obblighi impostigli, la licenza può essere revocata indipendentemente dalla revoca della semilibertà".

L'ultimo comma dell'art. 53, infine, prevede – per l'internato che, senza giustificato motivo, rientri in istituto dopo tre ore dallo scadere della licenza – la possibilità di una punizione "in via disciplinare" (valgono, al riguardo, le medesime considerazioni che abbiamo svolto relativamente alla disciplina dei permessi in merito al *favor rei* che caratterizza tale disposi-

zione, mancando la quale si applicherebbe l'art. 385 c.p., la cui consumazione è immediata), e, se questi versa in regime di semilibertà, la possibile "revoca della concessione".

Disposizione concernente sia i permessi che le licenze è quella contenuta nell'art. 53-*bis*[188], il quale, rubricato "*computo del periodo di permesso o licenza*", statuisce che "il tempo trascorso dal detenuto o dall'internato in permesso o licenza è computato a ogni effetto nella durata delle misure restrittive della libertà personale, salvi i casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio. In questi casi sull'esclusione dal computo decide, con decreto motivato, il magistrato di sorveglianza".

Il comma 2 dell'art. 53-*bis*, contempla invece la possibilità di proporre – avverso il decreto motivato di cui al primo comma – "reclamo al tribunale di sorveglianza secondo la procedura di cui all'articolo 14-*ter*". Una incompatibilità è sancita, dallo stesso comma, a carico del "magistrato che ha emesso il provvedimento", il quale, ovviamente, non può far parte del collegio.

La pronuncia n. 53 del 1993 della Corte Costituzionale[189] ha sancito, anche con riferimento al procedimento *de quo*, l'adottabilità delle norme sul procedimento di sorveglianza.

In senso critico, in dottrina si è rilevato che, in virtù del disposto dell'art. 53-*bis* "l'adozione di un provvedimento tale da determinare, in sostanza, l'inasprimento della misura privativa della libertà è regolamentata nell'ordinamento senza la garanzia propria del contraddittorio e della difesa tecnica davanti al magistrato di sorveglianza"[190].

Con riferimento alla questione dell'impugnabilità dell'ordinanza con la quale venga, *ex* artt. 52 e 53, Legge n. 354/1975, concessa o negata una licenza, la Corte di Cassazione[191] ha escluso che essa rientri tra i provvedimenti sulla libertà personale, identificabili invece con quelli che adottano "misure restrittive dello *status libertatis*" o che, comunque, "incidono sulla cessazione di tali misure". Ciò in quanto "dalla *ratio* ispiratrice della norma che la contempla, risulta che la licenza è una particolare misura amministrativa (di qui la decisione adottata *de plano* anziché a seguito del proce-

dimento *ex* articoli 71 e seguenti) concernente la modalità di trattamento del detenuto". Tale misura, prosegue la Suprema Corte, ha "natura eminentemente premiale e quindi discrezionale", ed è volta "da un lato, ad attenuare il rigore del regime restrittivo, pur sempre sussistente, ancorché si tratti di detenuti in semilibertà o internati in esecuzione di una misura di sicurezza detentiva", dall'altro a consentire "sia pur sporadiche occasioni di primo contatto con l'ambiente esterno", ed attenuare "gli effetti deterioranti" la personalità prodotti dalla detenzione continua. Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude che "le ordinanze in tema di licenza, pur incidendo sullo *status detentionis*, al pari, ad esempio, delle sanzioni disciplinari, non sono provvedimenti sulla libertà personale ma solo mezzi con i quali può essere realizzato il trattamento penitenziario e l'individualizzazione della pena".

4.8. *L'incidenza dell'art. 4-*bis *della Legge 26 luglio 1975, n. 354, sulla disciplina degli istituti in commento*

Una disposizione assai rigorosa, che incide sull'ambito di applicabilità di molti degli istituti oggetto del presente capitolo, è quella contenuta nell'art. 4-*bis* della Legge 26 luglio 1975, n. 354[192], ai sensi del quale assegnazione al lavoro all'esterno, permessi premio e misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi solo in caso di loro collaborazione con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della medesima legge, ai detenuti ed internati per taluni gravi delitti, elencati dallo stesso art. 4-*bis*[193].

Tale limitazione, ai sensi della medesima disposizione, non opera tuttavia ove "siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità i collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva" nonché ove "la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collabora-

zione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale".

È sempre il comma 1 dell'art. 4-*bis*, a precisare, tuttavia, che, in presenza di condanna per una serie ulteriore di delitti[194], i benefici *de quibus* "possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva"[195].

La rigorosità di tale articolo pone, certamente, problemi di compatibilità con numerosi principi costituzionali regolanti la materia penalistica. Ciò ha indotto, inevitabilmente, la Corte Costituzionale ad accogliere molte delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate con riferimento al comma primo della disposizione in commento.

La Consulta ha, difatti, dichiarato costituzionalmente illegittimo:

– l'art. 4-*bis*, comma 1, "nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dello stesso art. 4-*bis*, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-*ter* della Legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata"[196];

– l'art. 4-*bis*, comma 1, secondo periodo "nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile col-

laborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata" [197];

– l'art. 4-*bis*, comma 1, secondo periodo, come sostituito dall'art. 15, decreto Legge 8 giugno 1992, n. 306, "nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata" [198];

– l'art. 4-*bis*, comma 1, "nella parte in cui non prevede che il beneficio della semilibertà possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della data di entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata" [199];

– l'art. 4-*bis*, comma 1, "nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella Legge 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata" [200].

Ulteriori cautele e restrizioni alla concedibilità dei benefici di cui al comma 1, sono previste dal comma 2 dell'art. 4-*bis*, ai sensi del quale, ai fini del decidere, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza deve acquisire "dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provincia-

le può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto"[201].

Prevede inoltre il comma 2-*bis*[202], che "ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1, quarto periodo, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni".

Va infine rilevato come, con l'art. 15 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, sia stato aggiunto alla presente disposizione il comma 3-bis, che attribuisce un potere di inibizione al Procuratore nazionale antimafia ed al procuratore distrettuale, statuendo che "l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3"[203].

4.9. *La remissione del debito*

La remissione del debito è disciplinata, nei suoi aspetti processuali, dall'art. 678 c.p.p. e – in quelli sostanziali – dall'art. 106 del D.P.R. n. 230/2000 e dall'art. 6 del D.P.R. n. 115/2002[204].

Il D.P.R. n. 115/2002, mediante la previsione di cui all'art. 299, ha abro-

gato l'art. 56 ("remissione del debito") della Legge n. 354/1975, il quale così disponeva: "il debito per le spese di procedimento e di mantenimento è rimesso nei confronti dei condannati e degli internati che si trovano in disagiate condizioni economiche e hanno tenuto regolare condotta ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 30-*ter*. La relativa domanda può essere proposta fino a che non sia conclusa la procedura per il recupero delle spese"[205].

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi con riferimento all'(allora vigente) art. 56 della Legge n. 354/1975, mentre ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, della Costituzione[206], dichiarò invece l'illegittimità costituzionale della norma impugnata "nella parte in cui non prevede[va] che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, al condannato po[tessero] essere rimesse le spese del procedimento se, in presenza del presupposto delle disagiate condizioni economiche, a[vesse] serbato in libertà una condotta regolare"[207].

Le funzioni delle conseguenze sanzionatorie, nonché le esigenze – a tali funzioni strettamente connesse – di razionalità del sistema penale, hanno ricevuto un positivo contributo da tale pronuncia. Appariva difatti, e non solo nei confronti di detenuti ed internati, una vessazione controproducente dal punto di vista politico-criminale, quella connessa alla inflizione di ulteriori sanzioni per il mancato pagamento di spese processuali (nonché di mantenimento negli istituti penitenziari) nei confronti di soggetti non in grado di adempiere (oppure che, al fine di adempiere, sarebbero costretti a sottrarre a sé ed alla propria famiglia delle risorse indispensabili ai propri bisogni ed interessi primari).

Tale sentenza, dunque, rientra tra quelle grazie alle quali la Consulta, superando timidezze e timori che sovente l'hanno frenata, ha espunto dall'ordinamento ingiustificate disparità di trattamento che in effetti sussistevano. Non si comprendeva, difatti, il senso della previsione che, pur in presenza di regolare condotta, non consentiva al condannato che versasse in disagiate condizioni economiche, di accedere al beneficio in questione, in virtù della circostanza che questi non avesse patito detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare.

A tale pronuncia della Consulta si è adeguato il legislatore che, con l'art. 299 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 ("Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia"), ha abrogato l'art. 56 della Legge n. 354/1975 e, contestualmente, con l'art. 6 ("remissione del debito"), ha rimodellato la disciplina dell'istituto in commento, espressamente prevedendola anche a favore dei soggetti non detenuti od internati. Per essi, difatti, il comma 1 dell'art. 6 citato sancisce la possibilità di ottenere la remissione del "debito per le spese del processo" ove versino in "disagiate condizioni economiche" e tengano "una regolare condotta in libertà".

La remissione del debito a favore di soggetti che siano stati detenuti ed internati, è disciplinata, invece, dal secondo comma del citato articolo 6, in base al quale "il debito per le spese del processo e per quelle di mantenimento è rimesso" ove essi si trovino in "disagiate condizioni economiche", ed abbiano tenuto – nell'istituto penitenziario – "una regolare condotta ai sensi dell'art. 30-*ter*, comma 8, della Legge 26 luglio 1975, n. 354".

Tale condotta, ha precisato la Suprema Corte, presuppone l'esser trascorso "un congruo periodo di tempo dalla condanna", venendo a mancare, in caso contrario, la possibilità di valutare la "costante regolarità" della stessa[208].

Il legislatore, dunque, temendo una potenziale indeterminatezza del concetto di "buona condotta" ha ritenuto di dover fornire elementi idonei a precisarlo, riferendolo a quanto previsto nell'art. 30-*bis*, comma 8, dell'ordinamento penitenziario.

Il richiamo, al fine di rendere meno indeterminato il concetto di buona condotta, ad ulteriori norme dell'ordinamento penitenziario, era già stato in precedenza operato dalla Corte di Cassazione, la quale aveva sottolineato come tale elemento andasse valutato secondo i parametri di cui all'ultimo comma del precedente art. 30-*ter*, in base ai quali la condotta si considerava regolare quando il soggetto, durante la detenzione, avesse manifestato "costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali". La Suprema Corte, nel contempo, escludeva che, in quanto non richiesto dall'allora vigente art. 56 O.P., potesse ritenersi esigibile, quale ulteriore condizione, quella del "ravvedimento del soggetto, quale desumibile da una postuma ammissione delle sue responsabilità"[209].

Opportunamente, in epoca successiva all'entrata in vigore del T.U. n. 115/2002, la Cassazione è tornata a pronunciarsi in merito al requisito della regolare condotta, il quale "nel caso di soggetto che sia stato ristretto in carcere, va verificato con esclusivo riguardo alla condotta tenuta in istituto, come già poteva desumersi dall'art. 56 dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui si richiamava, per la nozione di 'regolare condotta', all'art. 30-*ter*, ultimo comma, dello stesso ordinamento, e come appare oggi indubitabile, alla stregua del sopravvenuto art. 6 del T.U. in materia di spese di giustizia approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il quale, nel disciplinare il medesimo istituto (a seguito dell'abrogazione del citato art. 56 dell'ordinamento penitenziario), distingue tra l'ipotesi in cui il condannato non sia mai stato detenuto o internato e quella in cui sia stato, invece, detenuto o internato, stabilendo che, nel primo caso, si deve aver riguardo alla condotta tenuta 'in libertà' e, nel secondo, a quella tenuta 'in istituto', sempre valutata secondo i parametri di cui all'art. 30-*ter* dell'ordinamento penitenziario" [210].

Non può omettersi, in tale sede, un riferimento al disposto dell'art. 106 del D.P.R. n. 230/2000, il quale, rubricato "remissione del debito", al primo comma indica gli elementi dei quali il magistrato di sorveglianza deve tenere conto ai fini della concessione del beneficio *de quo*: la valutazione della condotta, in particolare, va operata non solo alla stregua degli elementi dei quali il giudicante abbia "diretta conoscenza", bensì "anche delle annotazioni contenute nella cartella personale, con particolare riguardo all'evoluzione della condotta del soggetto". Tale disposizione precisa anche che, ove non vi sia stata detenzione, debba tenersi conto della "regolarità della condotta in libertà" [211].

In merito all'ambito di applicabilità dell'istituto in esame, va precisato che la Corte di Cassazione ha – con costante orientamento [212] – negato che la remissione del debito sia concedibile a coloro che siano stati condannati alla sola pena pecuniaria: in caso contrario, del resto, l'istituto *de quo* si risolverebbe nella inammissibile possibilità, per coloro che versino in disagiate condizioni economiche (e che tengano regolare condotta), di commettere delitti puniti con la sola pena pecuniaria, potendo poi chiedere (ed ottenere) la remissione della pena loro comminata!

Il requisito del versare in "disagiate condizioni economiche", ai sensi del secondo comma dell'art. 106 del D.P.R. n. 230/2000, deve essere accertato dal magistrato di sorveglianza avvalendosi della "collaborazione del centro di servizio sociale", ma anche chiedendo "informazioni agli organi finanziari". La Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare, con pronuncia riferita all'art. 56 della Legge n. 354/1975, ma pienamente estensibile al disposto dell'art. 6 della Legge n. 354/1975, che il versare in disagiate condizioni economiche "non coincide con la totale mancanza di mezzi economici, ma con uno stato di difficoltà estrema a far fronte alle normali esigenze di una vita decorosa in cui egli si trovi pur svolgendo una attività lavorativa per la quale percepisca una remunerazione. Ne consegue che il semplice svolgimento, da parte del condannato, di un'attività retribuita non esclude che egli versi in disagiate condizioni economiche" [213].

Le disagiate condizioni economiche, ha inoltre precisato la Suprema Corte "ben possono sussistere anche quando il soggetto materialmente disponga di una somma sufficiente a soddisfare il credito erariale per spese di giustizia, ma venga comunque a trovarsi, a seguito del pagamento o indipendentemente da esso, in grave difficoltà o nell'impossibilità di far fronte ad elementari esigenze vitali. Il beneficio non può quindi essere negato sul solo presupposto dell'attuale capienza del patrimonio rispetto al debito verso l'erario, senza accertare se esista lo stato di disagio" [214].

Questioni procedurali sono invece affrontate dal terzo comma dell'art. 6, del D.P.R. n. 115/2002, ai sensi del quale "la domanda, corredata da i-

donea documentazione, è presentata dall'interessato o dai prossimi congiunti, o proposta dal consiglio di disciplina, di cui alla Legge 26 luglio 1975, n. 354, al magistrato competente, fino a che non è conclusa la procedura per il recupero, che è sospesa se è in corso".

A tale previsione si connette quella del terzo comma dell'art. 106 del D.P.R. n. 230/2000, la quale (opportunamente, ed evitando le incongruenze che sarebbero altrimenti derivate dalla contemporanea pendenza del procedimento di esecuzione per il recupero delle stesse spese per le quali è in corso il procedimento di remissione), posto che "la presentazione della proposta o della richiesta sospende la procedura di esecuzione per il pagamento delle spese del procedimento eventualmente in corso", prevede che "a tal fine, la cancelleria dell'ufficio di sorveglianza, dà notizia dell'avvenuta presentazione della istanza o della proposta alla cancelleria del giudice dell'esecuzione. Alla medesima cancelleria viene comunicata l'ordinanza di accoglimento o di rigetto" [215].

Va da sé che, come sancito dal quinto comma del suddetto art. 106, "a seguito della comunicazione dell'ordinanza di rigetto" venga "dato corso alla procedura sospesa o non ancora iniziata".

L'analisi delle questioni procedurali connesse alla remissione del debito deve estendersi al disposto dell'art. 678 c.p.p., il quale, rubricato "procedimento di sorveglianza", attribuisce – al primo comma – la materia in oggetto alla competenza del magistrato di sorveglianza, così seguendo un *trend* legislativo che sempre più, nell'ottica della semplificazione procedurale, privilegia la competenza monocratica rispetto a quella collegiale [216].

È sempre il primo comma di tale disposizione, poi, a statuire che si proceda "a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato, del difensore o di ufficio, a norma dell'art. 666": con il riferimento a tale ultima norma si richiama la disciplina del procedimento di esecuzione, che – dunque – governa anche il procedimento che può condurre alla remissione del debito [217].

Le funzioni di pubblico ministero nei procedimenti aventi oggetto istanza di remissione del debito, vengono esercitate, in virtù del disposto del comma terzo, ultimo periodo, dell'art. 678 c.p.p. "dal Procuratore della Repubblica presso il tribunale della sede dell'ufficio di sorveglianza".

4.10. *Riabilitazione*

Nel nostro ordinamento, la riabilitazione è stata per la prima volta disciplinata dal codice Zanardelli, il quale, all'art. 100, prevedeva la possibilità, subordinata a ben precise condizioni, che nei confronti del reo cessasse ogni incapacità conseguente alla condanna [218].

Può dunque sostenersi, in virtù della chiara ispirazione del codice Zanardelli alla legislazione francese dell'epoca, che la radice dell'istituto in esame, quale conosciuto dal nostro ordinamento, vada fatta risalire ad un ordinanza francese del 1670, la quale consentiva il reinserimento nella società del condannato che avesse scontato la pena e risarcito i danni. Da tale ordinanza del 1670, difatti, trassero probabilmente ispirazione i *conditores* che, nel codice francese del 1791, previdero lo stesso effetto favorevole per il reo, ove questi, oltre a scontare la propria pena, avesse risarcito i danni cagionati con la propria condotta illecita [219].

Il codice vigente disciplina la riabilitazione agli articoli 178-181 [220], collocando dunque tale istituto tra le cause di estinzione "proprie" [221] delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti [222].

La concessione della riabilitazione non costituisce, come potrebbe rite-

nersi analizzando la sua origine storica, un atto di clemenza. Essa, piuttosto, rappresenta, al verificarsi dei presupposti di legge, un vero e proprio diritto soggettivo del condannato[223].

In dottrina si tende a correlare la riabilitazione alla premialità[224], escludendosi ogni collegamento con i criteri della prevenzione speciale e della funzione retributiva[225].

Crediamo invece che, in aderenza alle funzioni alla pena assegnate dalla Carta Costituzionale, la corretta lettura dell'istituto in commento non possa prescindere dall'analisi degli aspetti special-preventivi che lo contraddistinguono: la rieducazione del condannato, ed il suo pieno reinserimento nel contesto sociale, costituiscono l'obiettivo fondamentale della riabilitazione; lo stesso termine utilizzato dal legislatore, d'altronde, chiaramente allude alla finalità "riabilitativa" e, dunque, pienamente reintegrativa nel contesto sociale, che lo contraddistingue.

La riabilitazione costituisce causa estintiva limitata alle sentenze per le quali viene concessa[226]: essa può difatti essere richiesta anche per solo talune delle condanne riportate dal richiedente (c.d. riabilitazione parziale)[227] e, anche da ciò, si trae la conclusione che essa possa essere concessa più volte allo stesso soggetto[228].

In base all'art. 178 c.p. "la riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna": ne possono dunque costituire oggetto le sentenze di condanna per qualsiasi reato, non ponendo tale disposizione limitazioni in merito.

In dottrina si è precisato, al riguardo, che la riabilitazione non estingue la condanna come tale, poiché essa "rimane integra ed efficace per quanto non contrasti con gli effetti estintivi del beneficio" [229].

Il primo comma dell'art. 179 c.p. subordina la concessione della riabilitazione alla circostanza che "il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta", con requisito analogo a quello del "ravvedimento" che, ai sensi dell'art. 176, è necessario ai fini della concessione della riabilitazione.

La valutazione, ampiamente discrezionale, del giudice, deve avere ad oggetto, secondo un orientamento dottrinale [230], la "sicura redenzione" del condannato.

Non crediamo, invero, che simili valutazioni, interiori ed etiche, possano costituire oggetto della valutazione del giudicante che, nell'ambito dello Stato di diritto, deve rimanere strettamente legata al fatto, potendo riemergere – in caso contrario – lo spettro di un diritto penale riferito al modo d'essere del reo, e non alla condotta dallo stesso posta in essere. Anche il requisito *de quo*, allora, va letto nell'ottica dell'art. 27, comma 3, Cost., e, dunque, dell'obiettivo rieducativo cui la pena deve tendere: il legislatore ritiene che la concessione della riabilitazione favorisca effettivamente il reinserimento del condannato nel contesto sociale solo ove la sua buona condotta possa fondare una prognosi positiva in tal senso.

La giurisprudenza gode, in tal senso, di un ampio margine discrezionale: solo esemplificativamente, può dirsi che tra i fattori che inducono i giudicanti a concedere la riabilitazione, vi sono – ovviamente – lo svolgimento di un'attività lavorativa, la non frequentazione di ambiti malavitosi, l'ordinata vita familiare. La S.C. ha espressamente statuito, ad esempio, che "ai fini della riabilitazione del condannato, il mancato pagamento della pena pecuniaria è un fatto che, per la sua ambiguità, non assume, in modo automatico e ineluttabile, il significato di mancato ravvedimento del colpevole e non è, pertanto, idoneo ad escludere il requisito della buona condotta. Ed invero, al colpevole la legge non richiede, per la riabilitazione, il compimento di atti positivi di particolare rilievo morale o sociale, ma semplicemente la prova di essersi reinserito pienamente nella comunità, rispet-

tandone, nei limiti del possibile, le regole, attraverso l'applicazione assidua al lavoro, un tenore di vita onesto e corretto e l'abbandono assoluto di ogni rapporto illecito"[231].

Ed ancora, con pronuncia che mostra una maggiore rigidità, la Corte di Cassazione ha invece statuito che "in tema di riabilitazione, l'esito positivo del c.d. periodo legale di prova *ex* art. 178 e 179 c.p. non comporta, di per sé, la concessione del beneficio in quanto il ravvedimento, che deve essere processualmente certo e storicamente costante, non postula soltanto la non commissione di reati ma anche la doverosa astensione da comportamenti moralmente riprovevoli e da condotte oggettivamente sintomatiche, con il tenore di vita, di pericolosità sociale, *ex* art. 1, Legge 27 dicembre 1956, n. 1423"[232].

Una "forma qualificata di buona condotta"[233], è espressamente individuata dall'ultimo comma dell'art. 179 dal codice penale nell'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato.

Depone invece negativamente, ma non è dalla giurisprudenza ritenuta di per sé impeditiva della concessione del beneficio, la condanna per fatti posteriori alla sentenza in relazione alla quale si chiede la riabilitazione, dovendo difatti il decidente analizzare la complessiva condotta dell'istante. Seguendo tale ordine di idee, la Corte di cassazione ha più volte affermato che le condanne per fatti posteriori alla sentenza cui si riferisce l'istanza di riabilitazione non costituiscono ostacolo alla sua concessione, onde il semplice riferimento alle stesse non integra valida motivazione per negare il beneficio[234].

Appare, al contrario, difficilmente revocabile in dubbio la tesi giurisprudenziale[235] dell'ostatività – ai fini in oggetto – di condanne che l'art. 180 c.p. indica quali cause di revoca *ipso iure* della riabilitazione, ossia relative a delitto non colposo, commesso entro sette anni dalla concessione della riabilitazione "per il quale sia inflitta la pena della reclusione per un tempo non inferiore a due anni, od un'altra pena più grave". Ciò in aderenza alla evidente *ratio* della previsione dello stesso art. 180 c.p., mediante il quale il legislatore, constatata l'erroneità della prognosi giudiziale che aveva ritenuto il soggetto sulla via di un pieno reinserimento sociale, sanziona la condotta del riabilitato con la revoca del beneficio. Tale previsione appare il frutto di una valutazione politico-criminale condivisibile, perché coerente con le funzioni che la Costituzione assegna alla pena[236].

Con riferimento all'onere della prova della buona condotta di cui all'art. 179 c.p., soccorre il comma secondo dell'art. 683 c.p.p. ai sensi del quale nella richiesta di riabilitazione "sono indicati gli elementi dai quali può desumersi la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 179 del codice penale". La medesima disposizione, tuttavia, soggiunge che "il tribunale acquisisce la documentazione necessaria": il giudice può dunque, di ufficio, acquisire gli elementi utili alla valutazione che deve compiere, né – deve ritenersi – potrebbe chiedersi al riabilitando "la prova di aver compiuto atti positivi e suscettibili di per sé di riscattare il suo triste trascorso, perché si tratterebbe di circostanze non richieste dalla legge"[237].

L'art. 683 c.p.p. affronta ulteriori aspetti relativi alla procedura di riabilitazione, attribuendo la competenza, sia per la concessione che per la revoca, al Tribunale di sorveglianza (primo comma) e sancendo, al terzo comma, che "se la richiesta è respinta per difetto del requisito della buona condotta, essa non può essere riproposta prima che siano decorsi due anni dal giorno in cui è divenuto irrevocabile il provvedimento di rigetto". Tale ultima previsione identifica dunque in due anni il periodo minimo occor-

rente affinché un soggetto, con il proprio comportamento, possa ribaltare una precedente valutazione negativa in merito alla sussistenza del requisito della buona condotta.

L'art. 179 c.p. indicava, al primo comma, in cinque anni dal giorno in cui la pena principale è stata eseguita (o si è in altro modo estinta), il termine per la concedibilità della riabilitazione. Gli anni necessari erano tuttavia dieci, ai sensi della medesima disposizione, in presenza "di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99" (comma 2) ovvero "di delinquenti abituali, professionali o per tendenza" (comma 3).

Tale disciplina è stata tuttavia modificata dalla Legge 11 giugno 2004, n. 145, ispirata dall'intento legislativo di ampliare i confini applicativi della riabilitazione, secondo una comprensibile tensione verso la finalità rieducativa della pena, sia pur con taluni, opportuni, temperamenti (più ampia operatività della revoca della riabilitazione), tesi ad evitare un eccessivo allargamento delle maglie dell'istituto in commento ed i connessi effetti negativi dal punto di vista generalpreventivo (positivo e negativo) che tale illimitato allargamento avrebbe comportato[238]. La Legge n. 145/2004 ha, in particolare, ridotto il termine che deve decorrere al fine della concessione della riabilitazione: da cinque a tre anni nell'ipotesi di cui all'art. 179, comma 1; da dieci ad otto anni nelle fattispecie di cui al comma 2 dello stesso articolo. Inalterato, invece, è rimasto il termine di dieci anni, in presenza di delinquenti abituali, professionali o per tendenza[239].

La giurisprudenza[240] e la maggior dottrina[241], condivisibilmente, precisano che il secondo comma dell'art. 179 c.p. è applicabile solo allorché la recidiva venga accertata nell'ambito del giudizio di cognizione, anche se in tale sede sia stata dichiarata la sua equivalenza o subvalenza rispetto alle circostanze attenuanti.

La domanda di riabilitazione che sia proposta senza rispettare i termini indicati dai primi tre commi dell'art. 179 c.p., è inammissibile. Essa, tuttavia, una volta decorsi i suddetti termini, può essere esaminata[242].

L'ultimo comma dell'art. 179 c.p., al punto due, prevede – quale causa ostativa alla concessione della riabilitazione – il mancato adempimento delle "obbligazioni civili derivanti dal reato", salvo che l'istante "dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle". Tale previsione va collegata a quella di cui all'art. 185 c.p., il quale, rubricato "restituzioni e risarcimento del danno", statuisce che ogni reato obbliga "alle restituzioni, a norma delle leggi civili" (primo comma) nonché "al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui" (secondo comma).

La dimostrazione dell'impossibilità di adempiere, che – ai sensi della disposizione da ultimo citata – consente di ottenere la riabilitazione pur in mancanza di adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato, deve essere provata dall'istante.

Come abbiamo già rilevato nel soffermarci sull'analoga previsione relativa alla concedibilità della liberazione condizionale, contenuta nel vigente codice penale, la scelta politico-criminale che anima l'opzione legislativa di rendere concedibile la riabilitazione a colui che sia impossibilitato ad adempiere alle obbligazioni civili nascenti dal reato, è strettamente connessa alla volontà di non frustrare le finalità special-preventive (non concedere la riabilitazione ad un soggetto per il fatto di non aver adempiuto in quanto impossibilitato a farlo, non contribuirebbe a rieducarlo, ma alimenterebbe un senso di rancore del reo nei confronti dell'ordinamento) e general-preventive (intese in senso positivo, ossia come necessità di ottenere il consenso della collettività nei confronti dell'ordinamento penale: non sarebbe compresa, difatti, dai consociati, la scelta di non concedere la riabilitazione ad un soggetto in violazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*) delle conseguenze sanzionatorie.

Ed è proprio in aderenza a tali funzioni delle sanzioni penali che deve interpretarsi il requisito della impossibilità di adempiere: condivisibile, dunque, è la precisazione che tale impossibilità debba essere non addebitabile a colpa del reo[243], e tale da non consentire allo stesso di adempiere, se non a costo di rilevanti sacrifici per sé e per la sua famiglia[244]; non occorre, invece la dimostrazione di uno stato di povertà assoluta[245].

A tal riguardo, come ben chiarito dalla giurisprudenza in tema di condizioni per la riabilitazione "mentre, da un lato, la impossibilità di adempiere le obbligazioni civili derivanti dal reato non va intesa in senso restrittivo e cioè come conseguenza della sola impossidenza economica (ma ricomprende tutte le situazioni non imputabili al condannato che, comunque, gli impediscono l'adempimento delle obbligazioni civili, al quale è tenuto al fine di conseguire il beneficio richiesto), dall'altro, si deve ritenere sussistente a carico dell'interessato uno specifico onere probatorio, in base al quale egli è tenuto alla dimostrazione dell'emenda e della condotta di ravvedimento successiva alla condanna"[246].

In applicazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur,* deve ritenersi che l'impossibilità di adempiere agli obblighi stabiliti dalle disposizioni suindicate vada ritenuta sussistente anche nei casi, ad esempio, di irreperibilità del danneggiato o di rinuncia di questi al risarcimento[247]; di tali circostanze, tuttavia, l'interessato deve fornire prova.

Ulteriore causa ostativa alla concessione della riabilitazione è prevista – dal punto 2 dell'art. 179, u.c., c.p. – per il condannato "sottoposto a misura di sicurezza, tranne che si tratti di espulsione dello straniero dallo Stato, ovvero di confisca, e il provvedimento non sia stato revocato".

Tale disposizione costituisce il frutto di una netta opzione del legislatore, il quale ha ritenuto che – il medesimo soggetto – non potesse, contemporaneamente, essere socialmente pericoloso (costituendo questo un pre-

supposto generale per l'applicazione delle misure di sicurezza) ed aver dato prove effettive e costanti di buona condotta, come richiede il primo comma dell'art. 179 c.p., ai fini della concessione della riabilitazione.

Si spiega, in tal modo, anche la possibilità che, intervenuto provvedimento di revoca della misura di sicurezza (e, dunque, cessata, secondo la valutazione compiuta dall'autorità giudiziaria competente, la pericolosità sociale del soggetto), la riabilitazione torni ad essere concedibile.

La cennata *ratio* della previsione legislativa in commento, consente di cogliere il senso delle critiche che, parte della dottrina[248], muove alla medesima disposizione nella parte in cui (art. 179, u.c., n. 1, c.p.) essa – in deroga a quanto precedentemente stabilito – rende concedibile la riabilitazione anche al soggetto sottoposto a misura di sicurezza, ove essa sia rappresentata dalla espulsione (dello straniero). Tale ultima misura di sicurezza, in effetti, appare pur sempre legata al presupposto della pericolosità sociale del soggetto.

Riteniamo, inoltre, che la medesima critica debba investire la deroga prevista dallo stesso art. 179, u.c., n. 1, per il caso della confisca, la quale – in quanto misura di sicurezza – presuppone comunque una valutazione di pericolosità sociale del soggetto nei cui confronti viene disposta.

L'art. 180 c.p., configura la riabilitazione quale istituto sottoposto a condizione risolutiva[249], sancendo che, di diritto, la sentenza di riabilitazione sia revocata se il beneficiario della stessa "commette entro *sette* anni un delitto non colposo, per il quale sia inflitta la pena della reclusione per un tempo non inferiore a *due* anni, od un'altra pena più grave": tale previsione, introdotta dalla citata Legge n. 145/2004, ha provveduto, quanto mai opportunamente (anche a fronte dell'avvenuta riduzione dei confini temporali, superati i quali è possibile ottenere la riabilitazione), a rendere più virtuoso il percorso che il riabilitato deve seguire per non vedersi revocare il beneficio ottenuto (prima della recente riforma, difatti, la revoca della riabilitazione era sancita solo a carico di chi avesse commesso entro *cinque* anni un delitto non colposo, per il quale fosse inflitta la pena della reclusione per un tempo non inferiore a *tre* anni, o un'altra pena più grave).

Alla revoca consegue il ripristino dello *status penalis* del condannato, quale era anteriormente alla concessione della riabilitazione: rivivono dunque pene accessorie ed effetti penali della precedente condanna, non estintisi per altra causa[250].

Prevedendo l'art. 180 c.p. che la sentenza di riabilitazione sia revocata "di diritto", al giudice non è lasciata alcuna discrezionalità: e, inoltre, la relativa pronuncia ha natura dichiarativa (costituendo atto di mero accertamento di un effetto prodottosi *ope legis*) ed ha efficacia *ex nunc*, dal giorno della commissione del nuovo delitto[251].

Può dunque ritenersi che la sentenza di riabilitazione determini una mera sospensione degli effetti della condanna, i quali si estinguono solo con il decorso del termine quinquennale previsto dall'art. 180 c.p.

Il riferimento alla "pena della reclusione per un tempo non inferiore a due anni", dall'art. 180 c.p. indicata come soglia minima necessaria alla revoca della riabilitazione, deve essere riferito non alla pena edittale, bensì a quella comminata in concreto[252]. E, bisogna aggiungere, comminata in concreto per il singolo reato: non sembra, difatti, che possa considerarsi la pena complessivamente inflitta nel caso di concorso di reati o di reato continuato; occorrerà comunque che, per almeno uno dei reati compresi nella continuazione, sia stato superato il limite predetto[253].

La revoca, in base al disposto del primo comma dell'art. 683 c.p.p., è disposta dal Tribunale di Sorveglianza (la cui competenza territoriale è determinata secondo i criteri di cui all'art. 677 c.p.p.), "qualora essa non sia stata disposta con la sentenza di condanna per altro reato".

Il procedimento si svolge secondo le modalità di cui all'art. 678 c.p.p. e la decisione è emessa nella forma della "sentenza": essa, dunque, è impugnabile con ricorso per Cassazione (la Suprema Corte decide in camera di consiglio, *ex* art. 611 c.p.p.).

La decisione è annotata – in base al disposto dell'art. 686, ultimo comma, c.p.p. – nel casellario giudiziale.

Prevede, infine, l'art. 181 c.p., che "le disposizioni relative alla riabilitazione si applicano anche nel caso di sentenze straniere di condanna, riconosciute a norma dell'art. 12".

4.10.1. *Le riabilitazioni speciali*

Il nostro ordinamento prevede, inoltre, talune riabilitazioni speciali.

Vanno citati, in tal senso, l'art. 15, Legge 3 agosto 1988, n. 327, che – pur

in assenza di condanna penale – consente ai soggetti sottoposti a misure di prevenzione di chiedere la riabilitazione, decorsi 3 anni dalla cessazione della misura, ove abbiano dato "prova costante ed effettiva di buona condotta", ottenendo, in caso di accoglimento, la cessazione di tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla precedente sottoposizione a misura di prevenzione[254].

Ulteriore ipotesi speciale di riabilitazione è prevista dall'art. 24, R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404, in attuazione dell'art. 31, comma 2, Cost. "per i fatti commessi dai minori degli anni diciotto". Essa "fa cessare le pene accessorie e tutti gli altri effetti preveduti da leggi e regolamenti penali, civili e amministrativi, salvo le limitazioni stabilite per la concessione della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale" (comma 1)[255].

Condizioni di favore per ottenere la riabilitazione sono previste anche dal secondo comma della medesima disposizione, per i soggetti "che abbiano compiuto i diciotto anni ma non ancora i venticinque": in questo caso, è il Tribunale per i minorenni a dovere svolgere, anche di ufficio, tutte le indagini necessarie alla decisione.

La competenza è attribuita al Tribunale per i minorenni il quale, ai sensi del terzo comma "se ritiene che il minore sia completamente emendato e degno di essere ammesso a tutte le attività della vita sociale, dichiara la riabilitazione".

Tuttavia, "se ad un primo esame appare insufficiente la prova dell'emenda, il tribunale può rinviare l'indagine ad un tempo successivo, ma non oltre il compimento del venticinquesimo anno del minore" (comma quarto). La decisione è assunta "con sentenza" (essa è dunque impugnabile in Cassazione)[256] ed emessa "in camera di consiglio" (comma quinto).

L'ottavo comma dell'art. 24, inoltre, estende alla riabilitazione *de quo* l'applicabilità degli artt. 180 e 181 c.p.

Venendo ora ad un ulteriore ipotesi speciale di riabilitazione, deve sottolinearsi che le pene militari accessorie e gli altri effetti penali militari non si estinguono con la riabilitazione comune bensì con quella "conceduta nei modi stabiliti dalla legge penale militare" (art. 72 c.p.m.p.), disciplinata dall'art. 412 c.p.m.p.[257].

La competenza spetta al Tribunale militare di Sorveglianza (istituito con decreto legge 27 ottobre 1986, n. 700, conv. in Legge 23 dicembre 1986, n. 897).

Tuttavia, la riabilitazione militare, richiede il previo ottenimento di quella ordinaria, per la quale è competente il Tribunale di Sorveglianza in virtù del dettato dell'art. 683 c.p.p., secondo il quale è tale autorità giudiziaria a decidere "sulla riabilitazione, anche se relativa a condanne pronunciate da giudici speciali": tra questi ultimi, difatti, certamente rientra anche il Tribunale militare.

La necessità di ottenere la previa riabilitazione *ex* art. 178 c.p., ha indotto giudici taluni giudici a sollevare, in relazione al combinato disposto degli artt. 72 e 412 c.p.m.p., questione di legittimità costituzionale, dichiarata però inammissibile dalla Consulta[258].

Va infine operato un riferimento alla riabilitazione di guerra, disciplinata dagli artt. 42, 43, 44, 45, 46 c.p.m.p. e prevista a vantaggio dei militari promossi con meriti di guerra o che abbiano ricevuto ricompense al valore o che, comunque, abbiano compiuto con fedeltà ed onore il loro dovere nelle operazioni di guerra. Per essi è prevista la riduzione (o finanche l'annullamento) dei termini stabiliti dalla legge penale comune per ottenere la riabilitazione.

La possibilità di ottenere la riabilitazione di guerra è tuttavia preclusa ai militari condannati per taluni gravi reati, commessi durante la guerra, elencati dall'art. 46 c.p.m.p.[259].

4.11. *Recenti interventi. Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni (c.d. "indultino")*

Il sovraffollamento della popolazione carceraria dà origine a gravi violazioni dei diritti fondamentali dei soggetti reclusi e, da tempo, anima un acceso dibattito politico in merito alla necessità di adottare provvedimenti legislativi che consentano di ridurre il numero di detenuti ed in-

ternati. È quasi naturale, nell'affrontare simili tematiche, accarezzare idee di possibili amnistie, il cui abuso, tuttavia, in passato ha disorientato i cittadini (nel contesto di una serie di provvedimenti che sempre più hanno ampliato lo scarto tra pena minaccia, pena irrogata e pena effettivamente eseguita), inducendo il legislatore ad emanare la legge costituzionale n. 1 del 6 marzo 1992, la quale, modificando l'art. 79 Cost. ha 'blindato' la legge di concessione dell'amnistia e dell'indulto, prevedendo che la sua approvazione (in ogni suo articolo e nella votazione finale) necessiti del voto dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera (art. 79, comma 1, Cost.) [260].

Proprio per evitare la necessità di tale maggioranza qualificata (e, dunque, più difficilmente raggiungibile), il legislatore è intervenuto con norma di rango primario, la Legge n. 207 del 30 agosto 2003 [261].

La misura connessa al provvedimento in esame, intervenendo successivamente al giudicato di condanna, potrebbe essere considerata una causa di estinzione della pena: di ciò, potrebbe trarsi conferma dal disposto del comma 9 dell'art. 2, ai sensi del quale, trascorso il termine di cui al comma 5 della medesima disposizione, ossia cinque anni dall'applicazione della sospensione della pena detentiva, "la pena è estinta".

Deve tuttavia rilevarsi come il legislatore, mediante l'art. 5 della Legge n. 207 del 2003, seppur unicamente ai fini dell'applicazione dell'articolo 4, comma 1, della Legge 8 novembre 1991, n. 381, come modificato dall'articolo 1 della Legge 22 giugno 2000, n. 193, consideri l'istituto in commento "misura alternativa".

Anche se, rileviamo, proprio la circostanza che unicamente ai fini di cui all'art. 5 la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena debba considerarsi "misura alternativa" può costituire argomento a supporto della tesi secondo la quale essa misura alternativa non sia.

Il frequente ricorso al termine "indultino" per indicare tale provvedimento, ha indotto taluno, nel tentativo di definire il rapporto intercorrente tra l'indulto e l'istituto in commento, a configurare l'indultino come "*species* del *genus* indulto" [262]. Riteniamo che, anche alla luce dell'analisi della normativa che abbiamo svolto, appaiono solo parzialmente condivisibili le argomentazioni della dottrina stando alla quale la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva non possa essere *sic et simpliciter* annoverabile quale *species* del *genus* indulto, ma rappresenti una figura che, pur mutuando dall'indulto il carattere generalizzato (in quanto svincolato da un giudizio sulla personalità del reo) non abbia tuttavia della clemenza l'occasionalità e sia per altri versi (coessenzialità, integrazione stabile e definitiva con la disciplina dell'esecuzione penitenziaria e componente rieducativa emergente dai contenuti prescrittivi di cui all'art. 4 e dalla discrezionalità della revoca sancita dall'art. 2, comma 5) assimilabile ai benefici penitenziari [263].

Si deve di fatti rilevare che – sostanzialmente – si tratta di un indulto, e ciò avrebbe dovuto vincolare il legislatore ad approvare la legge in commento nel rispetto dei vincoli sanciti dall'art. 79, comma 1, Cost. Autorevole dottrina, anzi, è giunta a sostenere che si configuri "un vero e proprio indulto che, come spesso è accaduto in passato per questo tipo di provvedimento di clemenza, è sottoposto a condizione risolutiva" e che, dunque "la legge che ha disposto il provvedimento avrebbe dovuto essere approvata, dunque, con la maggioranza qualificata richiesta dall'art. 79, comma 1, Cost.: così non è stato con la conseguenza che quella legge è costituzionalmente illegittima" [264].

Partendo da tali considerazioni, altra dottrina, è giunta a ritenere l'ipotesi

in oggetto assimilabile ad un indulto condizionato “in quanto subordinato alla mancata commissione di taluni reati entro cinque anni, nonché al rispetto delle prescrizioni impartite dal magistrato di sorveglianza”[265]. Lo stesso autore, si è spinto sino a parlare di “non troppo raffinata truffa delle etichette”[266], argomentando in tal senso, tra l’altro, dal testo e dalle motivazioni dell’originario progetto di legge n. 3323 presentato alla Camera dei Deputati, ove si proponeva la sospensione dell’esecuzione della pena “in alternativa a un provvedimento di amnistia, eventualmente condizionata, o di indulto revocabili … qualora non si raggiungesse quell’auspicabile largo accordo necessario per la loro approvazione, in considerazione della maggioranza qualificata prevista dall’art. 79 della Costituzione”[267].

Venendo al testo del provvedimento normativo, occorre innanzitutto soffermarsi sul disposto dell’art. 1, comma 1, Legge n. 207/2003, ai sensi del quale “nei confronti del condannato che ha scontato almeno la metà della pena detentiva è sospesa per la parte residua la pena nel limite di due anni[268]. Tale limite temporale, precisa il comma 2 dello stesso articolo 1, si calcola “tenendo conto della pena determinata ai sensi dell’art. 663 del codice di procedura penale, decurtata della parte di pena per la quale è stato concesso il beneficio della liberazione anticipata ai sensi dell’art. 54 della Legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni”.

Tale ultima previsione comporta, tra l’altro, che – in presenza di più condanne – la base di calcolo, sia per la pena scontata che per quella residua, sarà la pena cumulata, calcolata cioè a partire dalla somma delle pene inflitte. Tale computo, inoltre, va effettuato al netto della pena per la quale il condannato ha ottenuto il beneficio della liberazione anticipata[269].

Già dalla lettura di tali disposizioni emergono le pecche della normativa in commento. Riteniamo doversi condividere, difatti, i rilievi di chi ha osservato come la riduzione di pena detentiva, concentrata sugli ultimi due anni

avrebbe avuto senso in una prospettiva preparatoria alla riammissione in libertà "sorretta da valutazioni discrezionali in quanto individualizzate; ma in un'ottica di sospensione automatica ed "obbligatoria", concentrare l'abbuono sugli ultimi due anni e con la condizione che sia stata scontata almeno metà pena, finisce per rendere irrazionale il complessivo effetto di attenuazione della risposta sanzionatoria"[270]. Tali considerazioni trovano conferma nella successiva esemplificazione secondo cui in presenza di pene più lievi la riduzione può giungere finanche a dimezzare la pena, mentre in presenza di pene temporalmente più estese l'attenuazione corrisponderà ad "una frazione proporzionalmente tanto più esigua quanto più è lunga la pena"[271].

L'art. 1 della Legge n. 207/2003 inibisce la concessione della sospensione della pena per più di una volta (comma 2) e, il successivo comma 3, rende non concedibile il beneficio *de quo*:

– quando la pena sia conseguente alla condanna per taluni gravi reati (previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., nonché 4-*bis*, Legge 26 luglio 1975, n. 354): art. 1, comma 3, lett. a);
– nei confronti di chi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza nonché di chi sia stato sottoposto al regime di sorveglianza particolare: art. 1, comma 3, lettere b) e c).

Ulteriori cause ostative alla concessione del beneficio sono dalla disposizione *de quo* individuate nell'ammissione del soggetto alle misure alternative alla detenzione (art. 1, comma 3, lett. d) e nella rinuncia dell'interessato (art. 1, comma 3, lett. e).

Appare evidente che, le limitazioni previste dai commi 2 e 3 lett. a), b), c) dell'art. 1, sono il frutto della preoccupazione legislativa di non determinare negativi effetti politico-criminali, con particolare riferimento alla prevenzione generale (nel suo aspetto sia positivo che negativo) ed alla prevenzione speciale (positiva).

E, va rilevato, simili effetti si sarebbero certamente concretizzati ove fosse stata concessa la possibilità di ottenere la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena a chi, avendone già beneficiato, ne abbia fatto nuovamente istanza (correlandosi tale circostanza, evidentemente, all'avvenuta commissione di ulteriori delitti da parte di tale soggetto) nonché agli autori dei gravi delitti di cui alla lettera a), ovvero a favore di coloro che, trovandosi nelle condizioni di cui alle lettere b) e c), abbiano manifestato una spiccata propensione a commettere reati.

Le ipotesi di cui alle lettere d) ed e) del terzo comma sono invece previste in virtù:

– del venir meno della stessa *ratio* della legge, nella fattispecie di cui alla lettera d): il soggetto ammesso ad una misura alternativa, difatti, non contribuisce ad aggravare il sovraffollamento carcerario e nemmeno patisce potenziali effetti negativi derivanti dalla necessità di scontare la residua pena all'interno di un istituto penitenziario;
– della necessità, in primo luogo special preventiva, che un beneficio non sia concesso ad un soggetto contro il volere dello stesso, per ciò che concerne l'ipotesi di cui alla lettera e).

Ulteriore condizione che non consente l'applicazione della misura richiesta è prevista dall'art. 3, in virtù del cui disposto le disposizioni della Legge n. 207/2003 "non si applicano nei confronti dello straniero che si trov[i] in talune delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286". Anche con riferimento a tale esclusione devono ritenersi decisive le funzioni politico-criminali dianzi richiamate e, in particolare, quella general-preventiva, intendendo lo Stato dare una risposta assai decisa in tema di immigrazione clandestina, al fine di scoraggiare la commissione di tale tipo di reato (anche se l'efficacia di un duro regime penalistico rischia, in tal caso, di avere scarsa efficacia, in virtù delle drammatiche condizioni di vita che, sovente, 'costringono' numerosi stranieri alla commissione di tale delitto) e rassicurare l'opinione pubblica sulla fermezza della risposta punitiva in tale materia[272].

Pur con i suddetti limiti, l'art. 1 configura una pressoché automatica applicazione della misura in esame, essendo questa subordinata unicamente alla verifica della sussistenza delle condizioni previste dal comma 1 (pena definitiva già espiata almeno per metà ed il cui residuo non sia superiore ad anni due) ed alla insussistenza di cause ostative alla concessione del beneficio (precedente concessione di sospensione ai sensi della stessa legge; esecuzione di una pena per reati cosiddetti ostativi; intervenuta dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza; sottoposizione al regime di sorveglianza particolare; ammissione a misure alternative; rinuncia dell'interessato).

A nostro avviso, l'istituto in commento rappresenta un'ulteriore dimostrazione dell'incapacità del legislatore di intervenire con modifiche orga-

niche ed interventi strutturali che, in particolar modo nella materia penitenziaria, sarebbero doverosi, posto che – quotidianamente – si assiste alla violazione dei diritti dei soggetti reclusi, connessa – certamente – anche al sovraffollamento carcerario.

Ne deriva un supplemento 'extralegale' di pena per detenuti ed internati, il quale certamente non accresce il consenso di cui gode il vigente sistema penale e, inoltre, non agevola un percorso rieducativo dei condannati, i quali – anzi – non possono che maturare un sentimento di acredine nei confronti dello Stato che viola i diritti che gli riconosce.

A ciò deve aggiungersi che, provvedimenti del tipo di quello in commento, contribuiscono a rendere ancor più ampio lo scarto (ma, oramai, ci sembra più appropriato parlare di 'voragine' ...), tra pena minacciata, pena irrogata e pena eseguita, a cui si connettono inevitabili effetti di disorientamento dei consociati, i quali non comprendono e non possono ritenere credibile un ordinamento che, minacciata una pena, sempre più delinea meccanismi che la rendano ineffettiva, in fase di irrogazione e, quindi, di esecuzione.

La valutazione negativa dal punto di vista politico-criminale è aggravata dalla descritta automaticità della concessione del beneficio, la quale – non correlata ad alcuna valutazione di meritevolezza ed idoneità rieducativa della misura – non favorisce l'assolvimento, da parte della pena, di una funzione special-preventiva.

Il riferimento, contenuto nel comma 1 dell'art. 1, alla "pena detentiva" comporta la necessità di rendere maggiormente determinato tale concetto, al fine di comprendere quali forme di esecuzione della pena vi rientrino, oltre alla pena dell'arresto o della reclusione in espiazione penitenziaria, indubitabilmente in essa ricomprese. Ci si limita, in tale sede, a rilevare – per due tra le ipotesi più dubbie – come:

– l'ergastolo, pur avendo carattere detentivo, non appaia rientrare nella sfera di applicazione della norma, in virtù della impossibilità di calcolare la quota di metà pena ed il residuo biennale;

– nemmeno può ritenersi detentiva, inoltre, la sanzione della permanenza domiciliare (la quale può essere inflitta, come noto, dal giudice di pace): l'art. 53, comma 2, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, espressamente statuisce – infatti – che il condannato alla pena della permanenza domiciliare "non è considerato in stato di detenzione".

L'art. 2 disciplina la procedura di applicazione della sospensione condizionata dell'esecuzione (commi da 1 a 4, ove si attribuisce, tra l'altro la relativa competenza al magistrato di sorveglianza e si rinvia alle disposizioni di cui all'art. 69-*bis*, commi 1, 3, 4, Legge 26 luglio 1975, n. 354, disciplinanti il procedimento in materia di liberazione anticipata).

Va sottolineato come tale disposizione rappresenti ulteriore applicazione di quel *trend* legislativo che tende, sempre più, ad attribuire nuove competenze al magistrato di sorveglianza, ma – va rilevato in senso critico – senza far corrispondere a ciò un sostegno dal punto di vista dell'organico e delle strutture di tale autorità giudiziaria[273].

Vengono inoltre previste due ipotesi di revoca della misura (comma 5).

La prima concerne la mancata ottemperanza, senza giustificato motivo, da parte del beneficiario della stessa, alle prescrizioni imposte ai sensi dell'art. 4 della legge (prescrizioni che il giudice è tenuto ad imporre, come si desume dalla lettera del comma 1 dell'art. 4 "sono congiuntamente applicate"): obbligo di presentazione all'ufficio di polizia giudiziaria, obbligo di non allontanarsi dal comune di dimora abituale o da quello ove il soggetto svolga la propria attività lavorativa, divieto di espatrio.

La seconda, anch'essa disciplinata dal comma 5 dell'art. 4, riguarda l'eventualità che il condannato commetta, entro cinque anni dall'applicazione della sospensione della pena, un delitto non colposo per il quale riporti una condanna a pena detentiva non inferiore a sei mesi.

La competenza sulla revoca della misura è attribuita dal comma 6 al Tribunale di Sorveglianza (è dunque sancita una competenza monocratica per l'applicazione della misura ed una competenza collegiale per la sua revoca), il quale seguirà in tal caso la procedura indicata dall'art. 678 c.p.p. e determinerà la residua pena detentiva da eseguire, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del comportamento dallo stesso tenuto durante il periodo di sospensione dell'esecuzione della pena (comma 7).

Una precisazione rilevante ai fini dell'applicazione della legge è contenuta nell'art. 7, ai sensi del quale le disposizioni in essa contenute "si applicano nei confronti dei condannati in stato di detenzione ovvero in attesa di esecuzione della pena alla data di entrata in vigore della medesima": tale data, si precisa, è il 22 agosto 2003.

CAPITOLO 5

I PROVVEDIMENTI DI NATURA PREVENTIVA E PUNITIVA

Premessa

La necessità di tracciare un programma di recupero del detenuto come previsto all'art. 13 O.P. "*Individualizzazione del trattamento*", oltre a calibrare gli interventi in base alla personalità di ciascuno, è imposto anche dall'esigenza di evitare le insidie di reazioni scomposte ed incontrollabili da parte di taluni soggetti che, oltre a contribuire al fallimento dell'attività di rieducazione, potrebbero addirittura porre in pericolo la stabilità dell'organizzazione e la salvaguardia dei diritti di coloro che vivono all'interno dell'istituto di pena e anche di coloro che vivono all'esterno. È dunque il tema dell'ordine e della sicurezza pubblica a rappresentare il limite naturale degli interventi positivi di natura disciplinare e rieducativa, aprendo in questo modo la strada a soluzioni maggiormente restrittive o perfino alla compressione dei diritti fondamentali della persona[1].

Nel senso dianzi detto gli aspetti più problematici sono quelli proposti dagli interventi legislativi che, con l'inserimento di nuove disposizioni nella Legge 26 luglio 1975, n. 354 dell'Ordinamento penitenziario, hanno modificato sostanzialmente il quadro dei principi cui si era ispirato il legislatore dell'epoca. Ed infatti, con la Legge 10 ottobre 1986, n. 663, detta "Gozzini", veniva introdotta una prima versione, limitata ad un unico comma, dell'art. 41-*bis* "*Situazioni di emergenza*" che, nonostante il tenore della rubrica, temperava decisamente i rigori dell'abrogato art. 90 della Legge n. 354/1975.

Successivamente con il decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella Legge 7 agosto 1992, n. 356 "*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*", entrava in vigore una nuova versione dell'art. 41-*bis*, accompagnato dal combinato disposto con l'art. 4-*bis* "*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*"[2]. Il nuovo impianto normativo stabiliva un vero e proprio doppio regime penitenziario, dove da una lato veniva prevista la categoria dei condannati per reati ritenuti particolarmente allarmanti per l'ordine pubblico e dall'altro tutti gli altri soggetti condannati per reati diversi. In realtà il settore delle leggi in materia penitenziaria subiva in questo modo gli effetti della ricaduta delle iniziative legislative intraprese nell'ambito del diritto penale sostanziale con la nuova previsione dell'art. 416-*bis* c.p. Con la stessa Legge n. 356/1992, infatti, la fattispecie del delitto di "*Associazione di tipo mafioso*" si arricchiva di ulteriori elementi di tipicità, nella evidente direzione di rendere più efficace la lotta al crimine organizzato. L'esigenza di affinare la capacità neutralizzatrice dell'art. 41-*bis* O.P., per offrire continuità all'attività di repressione e di controllo della criminalità organizzata, si avverte anche nella fase di concreta applicazione della pena, ma non si esaurisce in quella, in quanto l'intervento viene dispiegato anche nei confronti di detenuti non ancora giudicati.

Nei propositi originari forse il legislatore nutriva la speranza che il regime di "carcere duro" stabilito dall'art. 41-*bis* dovesse essere meramente temporaneo, in coincidenza con i gravissimi episodi stragisti di stampo mafioso, e in quanto rivolto a risolvere problemi di ordine all'interno degli istituti che davano luogo a rivolte e sommosse legate a quel momento storico. In realtà la norma ha visto più volte confermata la sua effettività anche attraverso le decisioni della Corte Costituzionale, divenendo ormai definitivo con la riformulazione avvenuta ad opera della Legge 23 dicembre 2002, n. 279, stabilizzando in questo modo l'intervento di emergenza anche nella fase dell'esecuzione della pena oltre che in quella del giudizio e prima ancora delle indagini preliminari[3].

L'allarme sociale prodotto da fenomeni di criminalità particolarmente gravi, quali il terrorismo politico e la criminalità mafiosa e camorristica, hanno dunque avuto importanti ripercussioni anche nella fase della esecuzione della pena, per cui l'organizzazione del sistema carcerario ha subito incisive modifiche al punto da apparire compromesso il rispetto dei paradigmi costituzionali di riferimento ed, in particolare, il rapporto di proporzione tra ***gravità dei fatti*** e ***garanzie fondamentali***.

5.1. *Differenziazione per ragioni di* "Pericolosità penitenziaria"

In realtà, il sistema così delineato dalle diverse fonti non teneva conto del fatto, se non attraverso una difficile opera di interpretazione ricostruttiva, che nell'ambiente carcerario potevano presentarsi due diverse e gravi situazioni. La prima è rappresentata da coloro che apparivano refrattari a qualsiasi trattamento rieducativo, per cui si rendeva necessario assumere provvedimenti in termini di pura *neutralizzazione*. La seconda evenienza era la ricaduta degli effetti sul circuito penitenziario dei fenomeni di criminalità organizzata e di terrorismo politico.

Entrambe, dunque, sono situazioni che hanno imposto una radicale modifica del trattamento penitenziario per i soggetti coinvolti e che hanno aperto la strada a forme differenziate di trattamento rieducativo, con la predisposizione di un regime sanzionatorio di natura disciplinare particolarmente rigoroso.

In realtà già con la Legge n. 354/1975 all'art. 90 sotto la rubrica *Esigenze di sicurezza* si autorizzava il Ministro della Giustizia a sospendere le regole di trattamento ordinario del detenuto qualora vi fossero "***gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza***" [4]. La norma venne abrogata, come si è detto, con la sostituzione dell'art. 41-*bis* O.P. a causa della assoluta vaghezza della formula legislativa che nascondeva una particolare insidia, allorché finiva per conferire un "potere in bianco" all'organo amministrati-

vo, il quale avrebbe potuto adottare discrezionalmente e senza alcuna precisa motivazione provvedimenti ulteriormente restrittivi e ulteriormente privativi della libertà personale.

L'art. 90 della Legge n. 354/1975, in realtà, mal si armonizzava con il dettato costituzionale ed in particolare con il III comma dell'art. 13, laddove viene previsto che "*è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*". Peraltro, un ulteriore importante profilo di sospetta incostituzionalità della norma era rappresentato dalla carenza di un adeguato controllo in sede giurisdizionale, dal momento che la competenza era esclusivamente devoluta all'autorità amministrativa. Il contrasto con i principi dell'ordinamento era quanto mai evidente, poiché trattandosi di provvedimenti incidenti sulla libertà personale si entrava in rotta di collisione con il II comma dell'art. 13 della Carta fondamentale. Tale disposizione, infatti, stabilisce che soltanto l'autorità giudiziaria può adottare "atti motivati" in materia di misure limitative della libertà personale, escludendo il possibile intervento di qualsiasi autorità amministrativa. Cosicché *all'esigenza di legalità si abbina una correlativa esigenza di giurisdizionalizzazione della misura* nel senso che una tale norma, per i prorompenti effetti che avrebbe potuto produrre, occorreva fosse caratterizzata da un alto grado di tassatività e la sua applicazione non sarebbe dovuta sfuggire ad un attento vaglio giurisdizionale. Questa norma, infine, non si era sottratta a sospetti di incostituzionalità anche per un secondo profilo, quello della possibile violazione del disposto dell'art. 25 della Costituzione, in ordine al principio del giudice naturale precostituito per legge.

Per superare le difficoltà di contenimento dei fenomeni di criminalità organizzata che di giorno in giorno aumentavano, con l'art. 19 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, poi convertito nella Legge n. 356/1992, entrava in vigore il secondo comma dell'art. 41-*bis* che, pur innovando profondamente la disciplina specifica, offriva un ventaglio di intervento differenziato che nella concreta attuazione si sono rivelati molto più incisivi e indiscriminati del precedente e abrogato art. 90 O.P. A ben vedere il modello di intervento rispetto a determinati fenomeni criminali appare profondamente modificato, poiché l'art. 90 O.P. faceva unicamente riferimento ai "*gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza*", mentre la nuova versione dell'art. 41-*bis* O.P. indicava i "*gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica*", spostando la valutazione dal piano di una osservazione esclusivamente interna alla struttura, verso la congiunta verifica interno-esterna all'istituto penitenziario.

In effetti, a seguito dell'abrogazione dell'art. 90 O.P. si rese necessario colmare un vero e proprio vuoto normativo, facendo però ricorso all'adozione di una disciplina organica che regolasse le situazioni di particolare allarme all'interno delle strutture carcerarie e che definisse meglio i criteri

di applicazione. Il legislatore con la Legge n. 663/1986 intese promuovere le nuove norme seguendo due precise direttrici di intervento. Da un lato si riteneva necessario giurisdizionalizzare le iniziative repressive ritenute indispensabili per restituire ordine e tranquillità all'interno degli istituti penitenziari; dall'altro si cercava di attenuare le asprezze di una disciplina che la recente storia delle carceri speciali, nate sull'onda del terrorismo politico, aveva particolarmente enfatizzato.

Sul finire degli anni '70, infatti, si avvertì l'opportunità di un deciso e ampio intervento legislativo per restituire equilibrio al sistema carcerario nel suo insieme, fino a quel momento sconvolto dalla esperienza delle carceri di massima sicurezza e sul piano normativo stravolto da vari decreti ministeriali che avevano ampliato a dismisura gli interventi repressivi da parte degli organi ministeriali. Era necessario rientrare nella cornice di legalità attraverso una disciplina di rango ordinario che conferisse legalità ordinamentale al settore e allo stesso tempo mettesse fine ad esperienze condotte ai limiti della legalità costituzionale.

Con la Legge 10 ottobre 1986, n. 663, "Gozzini", vennero, peraltro, introdotti nella normativa dell'ordinamento penitenziario gli artt. 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* che delineavano un regime di particolare rigore per i detenuti che all'interno della struttura destavano preoccupazioni di ordine e di sicurezza, anche nei riguardi degli altri detenuti.

Un possibile bilancio sui numerosi interventi è possibile tracciarlo individuando iniziative che segnano grandi aperture, frutto di scelte culturali precise e meditate, ma che nel corso del tempo l'imporsi dell'emergenza ha portato uno stravolgimento normativo, acquisendo definitiva stabilità nell'ordinamento. Cosicché, anche nel settore della disciplina dell'esecuzione della pena si inseriscono norme dettata da esigenze gravi e contingenti che richiederebbero, invece, interventi ad efficacia limitata nel tempo. In realtà queste norme confermano la trasversalità degli interventi legislativi di emergenza che coprono l'intero arco del procedimento penale, fin dalla fase delle prime indagine di polizia giudiziaria.

5.1.1. *Il regime di "*Sorveglianza particolare*" dell'art. 14-*bis *O.P.*

La disciplina di rigore è rivolta a tre diverse categorie di soggetti da "neutralizzare" che soggiornano negli istituti di pena allorché il loro comportamento comprometta la tranquilla convivenza all'interno del penitenziario, vale a dire ai *condannati*, agli *internati* e agli *imputati*. Si tratta di soggetti che per ragioni diverse si trovano all'interno della struttura, sottoposti a diverse misure limitative della libertà personale soprattutto per il

regime e la durata temporanea. Infatti, possono essere sia soggetti che si trovano a scontare una condanna definitiva, che soggetti sottoposti a misura cautelare in carcere fin dalla fase delle indagini preliminari.

La misura viene adottata in tre distinte ipotesi, anche se dal contenuto piuttosto ampio, nei confronti del detenuto che: a) assuma comportamenti che pongano in pericolo la sicurezza o turbino l'ordine interno negli istituti; b) con violenza o minaccia impedisca l'attività degli altri detenuti; c) si avvalga dello stato di soggezione degli altri nei suoi confronti [5].

La durata della misura non può superare per la prima volta i sei mesi, anche se può essere successivamente e ripetutamente prorogata ogni volta per una durata non superiore ai tre mesi. Viene adottata con provvedimento motivato del Ministro della Giustizia, una volta acquisito il parere del Consiglio di disciplina convocato dal Direttore dell'istituto che dovrà renderlo nel termine di dieci giorni. Nel dettaglio le prescrizioni che regolano l'esecuzione del regime di sorveglianza particolare, oltre a quelle contenute negli artt. 14-*ter* O.P. e 14-*quater* O.P., sono stabilite all'art. 33 del Regolamento penitenziario entrato in vigore con il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Tuttavia l'art. 14-*quater* O.P. esclude tassativamente che una serie di attività e diritti personalissimi, come il vitto, l'igiene o anche i colloqui con i figli o il difensore, possano divenire oggetto del provvedimento restrittivo.

La misura presenta un contenuto piuttosto incisivo sulla libertà personale, poiché tende a limitare ulteriormente lo spazio di libertà consentito in un contesto penitenziario, anche se *non è ispirata a finalità punitive*. La misura, infatti, non ha carattere sanzionatorio, ma essenzialmente preventivo, con una forte e caratterizzata componente di individualizzazione. Questa è la ragione per cui le finalità devono essere attentamente valutate e le prescrizioni puntualmente individuate secondo un criterio di adeguatezza, comparando le esigenze concrete del mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno della struttura rispetto ai diritti e alla incolumità degli altri detenuti.

Tenuto conto delle diverse ragioni per cui un soggetto si trova in stato di detenzione la norma stabilisce, altresì, che nel caso di soggetti imputati il regime particolare viene disposto soltanto dopo essere stata sentita l'autorità giudiziaria che procede.

Alla misura si può fare ricorso in via provvisoria per fondate ragioni di urgenza, anche prima che siano pervenuti i previsti pareri. In questo caso

la durata massima prevista per l'intervento di ratifica da parte degli organi competenti a decidere è di dieci giorni, trascorsi inutilmente i quali la misura decade automaticamente.

Avverso la misura della sorveglianza particolare l'art. 14-*ter* O.P. consente la proposizione del reclamo da parte dell'interessato che, secondo quanto disposto dalla disciplina dell'art. 34 del Regolamento penitenziario, ha la possibilità di inoltrarlo direttamente al Tribunale di Sorveglianza competente oppure di depositarlo presso la Direzione dell'istituto che provvederà a trasmetterlo *entro dieci giorni* dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Peraltro, la proposizione del reclamo non sospende gli effetti della misura che sarà operativa fin dal momento della sua comunicazione.

La disciplina legislativa che regola la misura della sorveglianza particolare è stata più volte sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, essendo state ravvisate dal giudice di merito ragioni di contrasto con le norme fondamentali del nostro ordinamento.

Con una prima decisione la Corte è stata investita del giudizio sulla legittimità della misura restrittiva in relazione ai principi che sanciscono i diritti fondamentali della persona, soprattutto sotto il profilo di umanità della sanzione penale e di individualizzazione e proporzionalità rispetto alla previsione dell'art. 27 della Carta costituzionale. Con la sentenza 18 ottobre 1996, n. 351 la Corte non ravvisò la fondatezza delle questioni sollevate, ritenendo conforme a Costituzione la disciplina.

Tuttavia la Corte è ritornata sulla disciplina con la sentenza 5 dicembre 1997, n. 376. Questa volta il sospetto di incostituzionalità investiva l'aspetto dei poteri di adozione del provvedimento e della mancata giurisdizionalizzazione della misura, nel senso che non appariva legittimo riservare il potere di disporre la misura della sorveglianza particolare all'autorità amministrativa, nella specie al Ministero della Giustizia. Anche in questo caso la Corte ha respinto la questione ritenendo che il ricorso al Tribunale di Sorveglianza da un lato offre piena garanzia sulla sussistenza del presidio giurisdizionale del provvedimento restrittivo, e dall'altro la sua adeguata motivazione garantisce la possibilità di avere una cognizione piena sui presupposti della misura, confermando in questo modo il potere di sindacato del giudice adito. Del resto l'ultimo comma dell'art. 14-*bis* O.P. stabilisce che il provvedimento di adozione della misura sia immediatamente comunicato al Magistrato di Sorveglianza perché venga messo in grado di esercitare i suoi poteri di vigilanza.

La questione assume una rilevanza particolare anche per il nuovo contenuto dell'art. 111 Cost. in materia di giusto processo e dell'obbligo costituzionale di instaurazione del contraddittorio. In realtà l'ultima pronuncia

della Corte Costituzionale pone al riparo di ulteriori sospetti anche questo profilo. Del resto il secondo e il terzo comma dell'art. 14-*ter* O.P. nel prevedere che il Tribunale di Sorveglianza deve fissare il procedimento nelle forme della camera di consiglio per la valutazione della fondatezza delle ragioni del reclamo, impone la partecipazione del difensore e del pubblico ministero, nonché la partecipazione dell'interessato e dai rappresentanti dell'amministrazione penitenziaria.

5.1.2. *Il regime di* "Emergenza" *previsto all'art. 41*-bis *O.P.*

La disciplina dell'art. 41-*bis*, che in effetti ha sostituito quella abrogata dell'art. 90, è stata originariamente inserito nel corpo della legislazione sull'Ordinamento penitenziario con la Legge 10 ottobre 1986, n. 663 e successivamente si è arricchita di ulteriori previsioni [6].

Il legislatore ritenne necessario ricorrere a questa disciplina per sventare il pericolo rappresentato dal permanere dei rapporti tra i promotori e i gregari detenuti in carcere con gli altri appartenenti a gruppi criminali che in questo modo finivano per alimentare la propria forza di contrasto allo Stato. Si trattava, tuttavia, di una normativa con *espressa validità temporanea*, come del resto enunciato nella Legge 16 febbraio 1995, n. 36 che ne prorogava una prima volta la efficacia fino al 31 dicembre 1999 [7]. Successivamente, con l'intervento dell'ultima Legge in materia del 23 dicembre 2002, n. 279, quella norma di emergenza ha acquisito stabilità definitiva nella nostra legislazione [8].

La norma vigente si caratterizza, tuttavia, per un maggiore grado di precisione e di attenzione alla tecnica di redazione normativa sotto il profilo della tassatività ma, soprattutto, il legislatore ha raccolto in larga misura le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale chiamata ripetutamente ad esprimersi sulla compatibilità costituzionale del dettato dell'art.

41-*bis* O.P. La prima versione della disposizione lasciava, in effetti, largo margine di incertezza sul rispetto dei principi generali del sistema penale e delle disposizioni costituzionali.

L'attuale primo comma dell'art. 41-*bis* è rimasto invariato rispetto alla sua prima versione e stabilisce che: "*In **casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza**, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei **detenuti** e degli **internati**. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'**ordine** e la **sicurezza** e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto*".

Va subito notato che sotto il profilo della determinatezza del dettato normativo se da un lato le ipotesi di rivolta sono tassativamente richiamati, resta in ombra il contenuto delle "*altre gravi situazioni di emergenza*" che impongono l'intervento repressivo per ripristinare "*l'ordine e la sicurezza*". Ed in effetti questa norma sotto tale profilo riproduce in maniera pedissequa l'abrogato art. 90 O.P.

Con l'incalzare dell'emergenza del terrorismo di tipo mafioso l'art. 41-*bis* O.P. nel corso degli anni si è arricchito di altri due distinti commi, contenenti disposizioni significative. Il secondo comma veniva introdotto con la Legge 7 agosto 1992, n. 356, di conversione del precedente decreto legge n. 306/1992, e con la sua versione attuale ha raccolto l'invito rivolto da più parti di prevedere, con maggior rigore descrittivo, quali siano le ragioni ed i presupposti di fatto che consentano il ricorso all'applicazione della misura sia nei confronti della categoria dei detenuti che a quella degli internati. Il legislatore, inoltre, ha provveduto a specificare che le restrizioni conseguenti al regime dell'art. 41-*bis* devono essere individuate soltanto in relazione alle finalità che il provvedimento intende assolvere, sancendo in questo modo un ineludibile valutazione sul rapporto di proporzione tra *efficacia della misura* e *finalità*.

Resta sempre, comunque, l'ampia area di discrezionalità sui presupposti della misura, laddove la formula che apre il secondo comma appare in tutta evidenza particolarmente generica: "*Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4 bis, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente*".

Le disposizioni dei commi successivi, denominati 2-*bis* e 2-*ter*, individuano l'autorità competente all'adozione del provvedimento, vale a dire il Ministro della Giustizia il quale, oltre alle informazioni fornite dagli organi di polizia, deve richiedere il parere al Giudice delle indagini preliminari o al Giudice che procede. La legge stabilisce, inoltre, la durata massima della misura che può andare da un anno a due anni, con la possibilità di singole proroghe pari ad un anno, a condizione che non sopravvengano elementi che dimostrino il venire meno delle condizioni che ne hanno consentita l'adozione.

Il successivo art. 2-*quater* indica tassativamente quali possono essere le regole del trattamento penitenziario e i benefici oggetto di sospensione, in buona sostanza molte di quelle previste del Regolamento penitenziario: dai colloqui con i familiari al ricevimento della posta, dalla limitazione dei beni ricevuti dall'esterno alla limitazione della permanenza all'aperto, ed altro.

I commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, infine, dettano la disciplina per ricorrere contro il provvedimento applicativo dell'art. 41-*bis*, fissando un termine per proporre reclamo al Tribunale di Sorveglianza competente per territorio di dieci giorni che decide con le forme dei procedimenti in camera di consiglio [9]. La legge stabilisce anche i criteri di giudizio che il Tribunale è tenuto a seguire, dovendo valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura e la congruità del suo contenuto rispetto alle esigenze che si intendono salvaguardare.

Avverso la decisione, che assume la forma dell'ordinanza, del Tribunale di Sorveglianza è ammesso soltanto il rimedio del ricorso per Cassazione. La Suprema Corte, tuttavia, sarà chiamata unicamente a valutare il profilo della legittimità del provvedimento ossia della violazione di legge.

Sia il reclamo al Tribunale di Sorveglianza che il ricorso per Cassazione non sospendono gli effetti del provvedimento che sarà immediatamente esecutivo.

Con il successivo intervento legislativo teso a "giurisdizionalizzare" la misura, ossia il possibile intervento dell'autorità giudiziaria, veniva a cadere uno dei più pesanti sospetti di incostituzionalità della norma [10]. Ed infatti, l'adozione della misura da parte dell'autorità amministrativa generava il dubbio che trattandosi di misure limitative della libertà personale il mancato intervento del Giudice determinava la violazione dell'art. 13 Cost. In questo caso la garanzia dell'intervento della giurisdizione, anche se differi-

to ad un momento successivo, salvaguarda il meccanismo di controllo sul provvedimento adottato.

Sul c.d. "*carcere duro*" la Consulta è stata ripetutamente chiamata a pronunciarsi con le sentenze n. 349/1993; n. 410/1993; n. 351/1996; n. 376/1997 e da ultimo con l'Ordinanza n. 417 del 13 dicembre 2004[11], che ne hanno sempre ribadito l'assoluta compatibilità alla Carta Costituzionale.

Resta il fatto che la tecnica normativa adoperata si pone come un significativo elemento di valutazione, allorché si caratterizza come rinvio sistematico ad altre norme dell'ordinamento penitenziario, segnatamente quella dell'art. 4-*bis*, quasi una sorta di "norma in bianco", ove sono indicati i delitti che consentono di disporre la sospensione delle regole ordinarie di trattamento penitenziario.

Le categorie di delitti sono quelli di terrorismo interno o internazionale, l'associazione per delinquere di stampo mafioso e quella finalizzata al contrabbando dei tabacchi o alle sostanza stupefacenti, di riduzione in schiavitù, di tratta e commercio di schiavi.

La singolarità di questa norma, tuttavia, è rappresentata da due distinti aspetti. In primo luogo crea una commistione tra la fase della esecuzione della pena e quella della custodia cautelare, apparendo confuse le finalità di due situazioni sostanzialmente diverse, in forza del principio costituzionale della presunzione di innocenza fino alla condanna definitiva. Consente, inoltre, l'intervento propositivo del Ministro dell'Interno nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, ispirandosi ad evidenti misure di polizia e del tutto svincolate dai principi e dai limiti della giurisdizione. A ben vedere la natura della misura mostra significative assonanze con il complesso delle misure di prevenzione previste dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423 "*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità*", il cui unico presupposto applicativo è fondato sul giudizio di pericolosità di un soggetto sospettato di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, per cui non è improprio definire la misura del 41-*bis*-4-*bis* O.P. una **misura di prevenzione penitenziaria**[12].

In definitiva, la prospettiva appare confusa tra esigenze rieducative della pena ed esigenze di tutela della collettività nella fase della ricerca degli elementi di accertamento della responsabilità penale.

Va infine sottolineato che a differenza dell'art. 90 abrogato l'attuale art. 41-*bis*, facendo rinvio espresso alla disciplina dell'art. 4-*bis*, rivolge la sua operatività soltanto ad una particolare categoria di soggetti. Ed infatti, la

originaria portata generale della norma è stata limitata, attraverso l'art. 4-*bis*, solo a coloro che sono condannati o imputati per reati particolarmente allarmanti, tassativamente indicati.

Se da un lato deve essere rilevato l'estremo profilo di rigore che connota l'iniziativa legislativa dell'art. 41-*bis* O.P., d'altro lato non può essere disattesa l'istanza di assumere provvedimenti di forte impatto dissuasivo nei confronti di fenomeni criminali che appaiono inarrestabili. In questi casi l'ordinamento si affida a soluzioni fondate sul carattere general-preventivo della sanzione penale, pur non trascurando di riconoscere la piena legittimità al quadro delle garanzie del sistema.

5.2.1. *L'art. 4-*bis *e la differenziazione per ragioni di* "Pericolosità sociale"

Accanto alla categoria delle misure adottate nell'ipotesi di *pericolosità penitenziaria*, la legge sull'ordinamento prevede anche la disciplina per i casi di detenuti che evidenzino una particolare *pericolosità sociale*. Mentre nella prima ipotesi i comportamenti oggetto di valutazione sono relativi a forme di intolleranza che generano insicurezza per l'ordine e la tranquillità nell'ambito della struttura, in questa seconda ipotesi si valutano i comportamenti tenuti precedentemente all'esterno dal soggetto che potrebbero rivelarsi negativi se mantenuti una volta detenuto verso l'esterno della struttura carceraria.

Si è caratterizzata in questo modo in materia penitenziaria una decisa e permanente divaricazione di trattamento tra i soggetti qualificati da questa norma e tutti gli altri detenuti.

Si è già detto che con l'insorgere del fenomeno mafioso stragista degli anni 1991-92 il legislatore provvide alla emanazione di norme di emergenza anche nel settore penitenziario che hanno dato vita ad una disciplina differenziata a secondo della categoria dei soggetti detenuti. I delitti di particolare allarme sociale, infatti, hanno imposto un deciso regime di rigore che ha superato anche più volte il vaglio della Corte Costituzionale.

La preoccupazione del legislatore è rivolta a recidere i collegamenti tra i soggetti detenuti e le organizzazioni esterne, attraverso il divieto di concedere i benefici stabiliti dalla legge sull'ordinamento penitenziario e dal regolamento relativo. Tuttavia, il doppio regime penitenziario viene sancito sulla base di riferimenti fissi, ossia le ipotesi di delitto di cui i soggetti sono ritenuti responsabili. Non a caso le perplessità si appuntano sulla natura del trattamento che si presenta con tempi e modalità diverse, a prescindere dalla concreta condotta da detenuto, per il solo fatto di essersi macchiato di reati comuni. Non solo cambia la disciplina e conse-

guentemente la discrezionalità di scelta della misura da parte dell'ordinamento ma cambia la prospettiva rieducativa che parte con una prognosi già sfavorevole.

La natura di misura di polizia dell'art. 4-*bis* è confermata dal fatto che il presupposto di operatività è costituito dal mero sospetto di appartenenza a gruppi criminali secondo gli esiti di accertamento da parte di organi di polizia territoriali, quali il Questore.

L'art. 4-*bis* stabilisce che determinati benefici penitenziari possono essere concessi a soggetti detenuti o internati per delitti particolarmente gravi, testualmente indicati, solo quando "*non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*". Ed ancora, il Magistrato di Sorveglianza nella fase della decisione dovrà tener conto delle relazioni richieste al Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, al Questore o al Procuratore, nazionale o distrettuale, antimafia.

Un primo aspetto da chiarire è quello della qualifica del soggetto indicato dalla norma. Si può trattare, infatti, sia di chi è stato condannato, sia di chi è soltanto imputato o indagato, in attesa della sentenza definitiva. Per tale ragione la disposizione normativa anticipa di gran lunga la soglia di significatività della qualità soggettiva del detenuto, fondando la sua applicazione sul mero sospetto documentato da una serie di informazioni raccolte dagli organi di polizia. L'individuazione del soggetto destinatario dell'art. 4-*bis* è confermato anche per il soggetto dell'art. 41-*bis*, potendosi trattare anche in questo caso di solo imputato o indagato.

Il legislatore ha tenuto presente, tuttavia, la esigenza di ripristinare le regole ordinarie utilizzando la disciplina dell'art. 4-*bis* O.P. in chiave meramente dissuasiva, attraverso la *collaborazione giudiziaria* da parte di tali soggetti. In altri termini, il percorso differenziato può rientrare nel solco dell'itinerario ordinario solo quando il comportamento del soggetto detenuto è tale da rappresentare una decisa e provata inversione di tendenza rispetto al comportamento antecedente alla restrizione carceraria. Ne risulta in tutta la sua evidenza una marcata natura di premialità che permea il fondamento delle misura di rigore, con un efficace indirizzo induttivo alla collaborazione processuale.

Questa scelta legislativa rappresenta una ulteriore conferma del fatto che il percorso esecutivo della pena si deve porre in continuità con la fase dell'accertamento della responsabilità penale e soltanto nel suo complessivo itinerario si deve cogliere la più adeguata modalità di espiazione della pena, orientandola coerentemente alla rieducazione del condannato. Ed infatti, la disciplina dell'art. 4-*bis* O.P. si pone in continuità con il contenuto della legge 13 febbraio 2001, n. 45 che ha rimodellato la normativa sulla

protezione e il trattamento sanzionatorio per i soggetti che collaborano con la giustizia e coloro che prestano testimonianza. Il nostro ordinamento penale, dunque, è oggi dotato di una legislazione sui collaboratori di giustizia che copre l'intero percorso processuale, dalla fase delle indagini preliminari a quella della esecuzione della pena.

L'art. 4-*bis* è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario dalla Legge 12 luglio 1991, n. 203 e successivamente modificato prima con la Legge n. 356/1992 ed in ultimo, acquisendo una definitiva vigenza nel sistema, con la Legge 23 dicembre 2002, n. 279 [13].

La norma stabilisce in primo luogo un esplicito divieto, quello di concedere i diversi benefici penitenziari e, solo successivamente, fissa i termini della disciplina per l'accertamento della pericolosità sociale dei soggetti detenuti e internati, a causa della commissione di particolari categorie di delitti, ivi tassativamente indicati, che si caratterizzano per il rilevante allarme sociale che destano.

L'attuale formulazione dell'art. 4-*bis* O.P. esordisce stabilendo che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, salvo la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e agli internati per determinati delitti, solo nei casi in cui essi collaborano con la giustizia secondo quanto stabilito dall'art. 58-*ter*, altrimenti queste categorie di detenuti non potranno mai godere di benefici penitenziari.

I delitti che qualificano la categoria dei soggetti interessati sono: a) delitti di terrorismo interno ed internazionale; b) delitti di contrabbando di tabacchi lavorati esteri; c) delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso o per delitti la cui commissione si avvale di tali condizioni; d) delitti di riduzione in schiavitù o di commercio di schiavi o comunque di traffico di esseri umani; e) delitti in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope. Ed inoltre la norma precisa che non è sufficiente la dichiarata volontà di interrompere la partecipazione o i collegamenti con le organizzazioni esterne, ma impone che vi siano elementi oggettivi che lo provino.

Con la disciplina introdotta il legislatore evidenzia un preciso obiettivo politico-criminale, di recuperare i canoni di afflittività della sanzione penale con la marginalizzazione delle esigenze rieducative. Peraltro, da un punto di vista sistematico, la norma del 4-*bis* O.P. esprime una decisa opzione politico-legislativa, quella di affermare nella fase di esecuzione della pena la necessità di collaborare, diversamente dalla fase del giudizio di accertamento della responsabilità dove vige in pieno il rispetto al silenzio dell'imputato.

Una deroga al rigore della norma è rappresentata dalla possibilità di ottenere la concessione dei benefici anche in presenza di una **collaborazione**

irrilevante, quando cioè in sede di giudizio sia emerso chiaramente che il ruolo svolto dal soggetto era di minima importanza alla partecipazione dei delitti compiuti oppure quando il reato commesso era ben più grave di quello voluto. Resta sempre determinante la circostanza che sia stata accertata la cessazione dei collegamenti con le organizzazioni di appartenenza.

La Corte Costituzionale aveva già in parte ridimensionato il rigore della stesura originaria della norma, laddove ha dichiarato illegittima la disposizione nella parte in cui non prevede che i benefici penitenziari possano essere concessi sempre che sia stata provata l'insussistenza dei rapporti con le organizzazioni esterne nei casi di collaborazione ininfluente, impossibile o inesigibile [14].

L'art 58-*ter* O.P. che integra e completa la disciplina dell'art. 4-*bis* O.P. detta un criterio di temperamento del rigore della norma, allorché stabilisce che devono essere considerate favorevolmente la condotta di colui che successivamente alla commissione del delitto si sia adoperato per attenuarne la gravità, ne abbia impedito il verificarsi, o abbia fornito elementi particolarmente utili alle indagini per individuare i responsabili.

Va in ultimo detto che i rapporti tra disciplina dell'art. 4-*bis* O.P. e l'apparato delle misure alternative alla detenzione sono estremamente controversi, laddove si ritiene in linea del tutto teorica, che tale previsione impedirebbe la concessione di qualsiasi misura alternativa alla detenzione, salvo quella della liberazione anticipata [15].

5.2.2. *L'art. 58-*quater *O.P. e il divieto di concessione di benefici*

L'art. 58-*quater* O.P. detta una disciplina particolarmente rigorosa per i soggetti **condannati** che hanno contravvenuto alle prescrizioni dei benefici concessi in applicazione dell'art. 4-*bis* O.P. La norma stabilisce, infatti, che se il condannato, venute meno le condizioni dell'art. 4-*bis* O.P. e dunque ammesso a godere i benefici previsti dalla legge, commette il delitto previsto all'art. 385 c.p., di evasione, subirà il provvedimento di revoca della misura per la violazione delle prescrizioni. Si tratta di benefici quali: l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la detenzione domiciliare.

La sanzione ulteriore prevista in questi casi è quella del divieto di essere

riammessi ai benefici se non a seguito del decorso di un periodo minimo di tempo di tre anni da quando è ripresa la custodia o l'esecuzione della pena. I successivi commi 4 e 5, infatti, regolano i casi in cui i benefici potranno essere in futuro concessi a coloro che, avendo violato una precedente misura alternativa e avendo in questa occasione commesso reati particolarmente gravi, abbiano scontato in carcere una parte della pena, come nella misura dei due terzi in caso di condanna all'ergastolo o ad una pena non inferiore ai ventisei anni.

5.3. *Il regime disciplinare e le relative sanzioni*

La pericolosità penitenziaria si esprime anche con comportamenti, certamente meno gravi di quelli esaminati finora, che tuttavia si presentano come incompatibili con i principi di tranquilla convivenza nella struttura penitenziaria finalizzata al recupero sociale dei detenuti e degli internati.

Fin dal "*Regolamento generale per gli Stabilimenti carcerari e pei Riformatori governativi del Regno*" adottato con R.D. 1 febbraio 1891, n. 260 e introdotto a seguito dell'entrata in vigore del codice penale Zanardelli del 1889 il legislatore ha sempre valorizzato il rapporto educativo fondato sul binomio *punizione-premio*. Le ragioni del mantenimento dell'ordine e della disciplina all'interno della struttura penitenziaria in origine erano considerati nettamente distinte dalla finalità della pena. Si trattava, infatti, di prevedere un efficace rimedio alle forme di intolleranza alla vita ed alla restrizione carceraria. Soltanto con il recupero della finalità costituzionale della pena secondo una impostazione di carattere special-preventivo si è registrato nel corso del tempo l'esigenza di ritenere gli interventi disciplinari come aspetti integranti dell'opera di recupero complessivo del soggetto e dunque inseriti nel quadro degli obiettivi del trattamento. In questo modo il regime disciplinare e le relative sanzioni che possono essere comminate al singolo soggetto che commetta infrazioni al Regolamento disciplinare, entrano a fare parte del quadro complessivo del trattamento rieducativo, per cui le sanzioni irrogate non dovranno ispirarsi ad un rigido criterio di "castigo" ma dovranno essere rese funzionali alle esigenze di risocializzazione del condannato, contribuendo a dotarlo di un maggiore senso di responsabilità e di autocontrollo. Tale impostazione risulta confermata all'art. 2 del Regolamento n. 230/2000 laddove è stabilito che: "*L'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati*".

In questi termini deve essere interpretata la disposizione dell'art. 36 O.P.: "*Il regime disciplinare è attuato in modo da stimolare il senso di re-*

sponsabilità e la capacità di autocontrollo. Esso è adeguato alle condizioni fisiche e psichiche dei soggetti".

Secondo il sistema della ricompensa e della punizione il legislatore si preoccupa di valorizzare la condotta positiva tenuta dal detenuto, riconoscendogli il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo attraverso apposite ricompense previste dal Regolamento penitenziario. D'altro lato alla commissione delle infrazioni dello stesso Regolamento interviene la irrogazione della sanzione, previa la contestazione dell'addebito al detenuto e la possibilità offertagli di "*esporre le proprie discolpe*". Gli organi preposti alla irrogazione delle sanzioni sono il Direttore e per quelle più gravi il Consiglio di disciplina presieduto dal Direttore.

Secondo i criteri generali stabiliti in materia penale e sanciti a livello fondamentale all'art. 25, II comma, della Carta Costituzionale, anche in questo caso, pur trattandosi di materia di natura disciplinare, il legislatore ha inteso stabilire tassativamente le singole ipotesi che costituiscono infrazione e prevedere le sanzioni che a ciascuna di esse deve essere ricondotta.

La sanzioni previste sono complessivamente cinque e dotate di progressiva incisività, corrispondente alla gravità della infrazione commessa. Esse sono previste tassativamente all'art. 39 O.P. e sono: il richiamo del direttore; l'ammonizione pubblica; l'esclusione da attività ricreative e sportive per un massimo di dieci giorni; l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per un massimo di dieci giorni; la totale esclusione dallo svolgimento di attività in comune per un massimo di quindici giorni.

Tutte le sanzioni privative vanno attentamente sottoposte al vaglio del sanitario per verificarne l'impatto sia clinico che psicologico sul detenuto.

Particolarmente significativa è la sanzione dell'isolamento che trova un suo ulteriore fondamento normativo nell'art. 33 O.P. Ed infatti, l'isolamento può essere adottato nell'ambito della struttura penitenziaria non soltanto per finalità punitive ma anche per ragioni di carattere sanitario o, ancora, per ragioni di cautela processuale e di finalità delle indagini, quando il Giudice ritenga che il detenuto debba essere isolato per evitare l'inquinamento delle prove.

In ultimo, la legge prevede anche l'ipotesi che la separazione del soggetto dagli altri detenuti possa essere volontario ossia richiesto dallo stesso soggetto. In questo caso il detenuto o l'internato per sua libera scelta o per la preoccupazione di convivere con soggetti a lui non graditi, può chiedere di essere isolato in una cella singola qualora le condizioni lo consentano.

PARTE SECONDA

PROFILI PROCESSUALI

CAPITOLO 1
IL TITOLO ESECUTIVO E LA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA

1.1. *Il titolo esecutivo. Natura e contenuto*

La concreta attuazione della sanzione penale si realizza soltanto in presenza del **titolo esecutivo**, allorché sul piano del diritto sostanziale è stata accertata dal giudice la responsabilità penale dell'imputato e sul piano processuale si deve dar luogo alla statuizione contenuta nella sentenza penale di condanna[1]. Pertanto, il titolo esecutivo rappresenta lo spartiacque tra la fase processuale dell'accertamento della responsabilità e quello della concreta esecuzione della pronuncia giudiziale.

Il provvedimento giurisdizionale definitivo, sentenza o decreto penale di condanna[2], dà luogo a due diversi e distinti effetti sul piano giuridico: l'**irrevocabilità**, intesa come l'impossibilità di proporre una nuova ed ulteriore impugnazione; la **esecutività**, ossia l'idoneità ad imporne coattivamente il contenuto[3].

Il concetto di irrevocabilità è stabilito all'art. 648 c.p.p. "*Irrevocabili-*

tà delle sentenze *e dei decreti penali*". La norma prevede al primo e al terzo comma che: "*Sono irrevocabili le sentenza pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione*"; "*Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile*" [4].

Il concetto di esecutività è invece sancito all'art. 650 c.p.p. "*Esecutività delle sentenze e dei decreti penali*": "*Salvo che sia diversamente disposto, le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili*".

Può tuttavia accadere che sebbene divenuta irrevocabile la sentenza possa essere egualmente impugnata qualora l'imputato non abbia avuto regolare notizia della sua pronuncia o del suo deposito. Il legislatore, infatti, ha previsto la possibilità di restituire in termini l'imputato, il quale non abbia proposto, per ragioni indipendenti dalla sua volontà, impugnazione per mancata conoscenza della sentenza o del decreto penale di condanna. Ed infatti, l'istituto della "*Restituzione nel termine*" è tassativamente previsto all'art. 175 c.p.p.: "*Il pubblico ministero, le parti private e i difensori sono restituiti nel termine stabilito a pena di decadenza, se provano di non averlo potuto osservare per caso fortuito o per forza maggiore*". Tale istituto non configura tuttavia un formale mezzo di impugnazione, ma unicamente il rimedio processuale per ripristinare la situazione temporale entro la quale, se avesse potuto, l'interessato avrebbe proposto il mezzo di impugnazione consentitogli. La procedura da attivare in questa ipotesi è definita come *incidente di esecuzione* e l'istanza va rivolta al giudice competente all'esecuzione, ossia all'autorità giurisdizionale innanzi alla quale la sentenza o il decreto penale è divenuto irrevocabile.

1.2. *Le vicende attuative del titolo esecutivo*

Si parla comunemente di "*modifica del titolo esecutivo*" come la possibilità di attuare in modi diversi quanto pronunciato in materia di pena dal giudice che ha emesso il provvedimento giudiziale. La definizione, tuttavia, induce a ritenere che nella fase della sua concreta attuazione il titolo esecutivo, ossia quanto disposto dal giudice o il provvedimento giudiziale, possa subire modifiche. Così non è e non può essere, per effetto dei principi insuperabili della irrevocabilità e della esecutività.

In realtà, appare più opportuno parlare delle "*vicende dell'**attuazione** del titolo esecutivo*" per tenere conto del fatto che le forme di espiazione della pena, di quella stessa pena stabilita dal giudice, nel tipo normativo e nella misura, possono essere diverse come emerge dal quadro legislativo che regola l'ordinamento penitenziario. Le forme e le modalità diverse di espiazione della pena sono, peraltro, la concretizzazione del principio della rieducazione sancito all'art. 27 della Carta costituzionale, in termini soprattutto di individualizzazione e di prevenzione speciale[5]. Pertanto, l'ampio ventaglio delle misure alternative alla detenzione è poi chiamato a garantire l'assolvimento dei principi e delle finalità costituzionali della sanzione penale.

La riprova della necessità di individualizzare la misura discende anche da una precisa prescrizione normativa, quella dell'art. 133 c.p. – che stabilisce il principio di discrezionalità – che non assolve la sua funzione soltanto nella fase di commisurazione della pena, ma dispiega la sua ampiezza applicativa anche nella fase di concreta esecuzione della pena irrogata. Anche in questa fase, infatti, il Giudice di Sorveglianza non potrà prescindere da una valutazione di tipo prognostico del comportamento del condannato per la scelta della misura esecutiva più idonea, coerentemente con quanto risulta nel giudizio sulla responsabilità penale della fase antecedente, secondo il quadro di orientamento tracciato dalle indicazioni dell'art. 133 c.p.[6].

1.3. *Gli organi giurisdizionali dell'esecuzione penale*

Con il sopraggiungere della irrevocabilità della sentenza, dotata nel contempo del carattere di esecutività, nasce il **rapporto di esecuzione**, per cui la legge conferisce il necessario potere giurisdizionale, di sovrintendere alla procedura di applicazione della *sanzione* penale e alle vicende attuative del titolo esecutivo al Tribunale di Sorveglianza o al Magistrato di Sorveglianza, a seconda delle rispettive competenze[7].

Il rapporto di esecuzione ha inizio con la trasmissione del titolo esecutivo da parte del Pubblico Ministero in veste di organo dell'esecuzione, come stabilito all'art. 655 c.p.p. e soprattutto come previsto all'art. 656 c.p.p., in

relazione alle pene detentive: "*Quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione con il quale, se il condannato non è detenuto, ne dispone la carcerazione. Copia dell'ordine è consegnato all'interessato*".

Il titolo esecutivo viene, dunque, notificato all'interessato, soggetto originariamente imputato, che con la sentenza divenuta irrevocabile acquista la qualifica di "*condannato*". Egli viene portato a conoscenza del fatto che dovrà essere sottoposto all'esecuzione della pena stabilita dal provvedimento giudiziale di condanna.

1.3.1. *La competenza della giurisdizione di Sorveglianza*

Il settore giurisdizionale che si occupa dell'applicazione della legislazione sull'Ordinamento penitenziario è la Magistratura di Sorveglianza che attraverso la Legge n. 663/1986 "Gozzini", di novella alla Legge n. 354/1975, ha ricevuto una definitiva e razionale sistemazione normativa [8]. Il *Capo II*, a partire dall'art. 68 O.P., regola i canoni normativi relativi alle funzioni, alle competenze e alla composizione degli Uffici di Sorveglianza [9].

Occorre prima di ogni altra cosa precisare che il procedimento di Sorveglianza ha oggi raggiunto una piena giurisdizionalizzazione, superando i dubbi tradizionali sulla natura della sua funzione giudicante che si voleva qualificare come attività amministrativa, seppure svolta in un particolare settore dell'ordinamento. È pur vero che il settore normativo di intervento non è caratterizzato da una matura organicità, dal momento che le specifiche competenze sono disperse in vari testi legislativi. Tuttavia, il progressivo ingresso nella legislazione italiana di nuovi istituti, anche di rigore, e di nuovi tipi di benefici penitenziari, finalizzati ai propositi di rieducazione, hanno contribuito ad ampliarne i confini di intervento caratterizzando la Sorveglianza come un vera e propria giurisdizione [10].

La specifica competenza della giurisdizione di Sorveglianza è riconosciuta attraverso due distinti criteri: per *territorio* e per *materia* [11].

L'art. 677 c.p.p. stabilisce i criteri dei attribuzione della "*Competenza per territorio*", individuandoli principalmente nel territorio del Tribunale o

del Magistrato di Sorveglianza ove ha sede l'istituto penitenziario presso il quale si trova detenuto l'interessato al momento dell'avvio del procedimento – c.d. **competenza del luogo di detenzione** –.

Il criterio di individuazione del cd. *locus custodiae* oltre a rispondere ad una logica di rapidità del giudizio garantisce, peraltro, l'osservanza del dettato dell'art. 25 Cost. relativo al principio "*del giudice naturale precostituito per legge*".

Inoltre, in via sussidiaria la norma stabilisce una serie i criteri ulteriori, il primo dei quali è quello ove risiede l'interessato – c.d. **competenza del luogo di residenza o del domicilio** –; poi quello dove fu pronunciata la sentenza irrevocabile – c.d. **competenza del luogo del processo** –; infine quello dove fu pronunciata l'ultima delle sentenze emesse a carico del soggetto interessato – c.d. **competenza del luogo dell'ultimo giudicato** –.

Una disposizione di carattere eccezionale riguarda i c.d. *collaboratori di giustizia* per i quali la competenza esclusiva appartiene al Tribunale di Sorveglianza di Roma ove ha sede il Servizio centrale di protezione.

Il comma 2-*bis* dell'art. 677 c.p.p., stabilisce infine **a pena di inammissibilità della richiesta** che il condannato non detenuto dichiari espressamente il proprio domicilio e provveda a comunicarne alla cancelleria del giudice gli eventuali mutamenti.

Altra cosa è la **competenza per materia** che non viene espressa da una specifica norma ma è il frutto di una attenta ricognizione normativa condotta sulla legislazione sia di carattere sostanziale che processuale.

In ultimo, per quanto concerne la competenza dei giudici speciali o specializzati va detto che non esiste una giurisdizione di sorveglianza per i minorenni e per il personale appartenente alle Forze Armate. I minori vengono affidati alla competenza del Tribunale per i minorenni, nella formazione di organo collegiale o monocratico, che agiscono, in ordine alle regole della competenza per territorio e per materia, come organo di Sorveglianza nei confronti di coloro che commisero il reato quando erano minori degli anni diciotto, fino al compimento del loro venticinquesimo anno di età. Gli appartenenti alle Forze Armate, invece, trovano una competenza esclusiva per territorio sia del Tribunale di Sorveglianza che del Magistrato di Sorveglianza radicata in Roma, come espressamente sancito dalla Legge 23 dicembre 1986, n. 897.

1.3.2. *Il Tribunale di Sorveglianza*

Il Tribunale di Sorveglianza, previsto all'art. 70 O.P., è un organo collegiale composto da Magistrati appartenenti all'ordine giudiziario e da esperti della materia. In particolare i membri *togati* sono il Presidente del Colle-

gio, un magistrato di sorveglianza, mentre tra i membri *laici* vi sono due esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria, o scienze criminologiche.

Le materie assegnate alla competenza del Tribunale di Sorveglianza sono:

– l'affidamento in prova, ordinaria e in casi particolari;
– detenzione domiciliare ordinaria e speciale;
– semilibertà;
– liberazione condizionale – art. 682 c.p.p. –;
– revoca o estinzione dei predetti benefici – art. 70 O.P. –;
– sospensione della pena per soggetti tossicodipendenti;
– rinvio della esecuzione della pena o delle misure di sicurezza – artt. 146 e 147 c.p. – e delle sanzioni sostitutive personali – art. 684 c.p.p. –;
– affidamento in prova e detenzione domiciliare per i soggetti affetti da AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria;
– riabilitazione – art. 178 c.p. e 683 c.p.p. –.

1.3.3. *Il Magistrato di Sorveglianza*

Il Magistrato di Sorveglianza, previsto all'art. 69 O.P., è un organo monocratico e la sua competenza è rappresentata dalla seguenti materie:

– permessi e permessi-premio;
– lavoro all'esterno;
– assistenza all'esterno dei figli minori;
– remissione del debito – art. 69 O.P. –;
– ricovero del condannato per infermità psichica sopravvenuta – art. 69 O.P. e art. 148 c.p. –;
– riduzione della pena per la liberazione anticipata – art. 69-*bis* O.P. –;
– sospensione condizionata della pena – *ex* Legge n. 207/2003 –;
– misure di sicurezza personali – art. 679 c.p.p. –;
– esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata;
– dichiarazione di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere;
– rateizzazione della pena pecuniaria – art. 133-*bis* c.p. –.

CAPITOLO 2

IL PROCEDIMENTO DI SORVEGLIANZA E GLI UFFICI DI ESECUZIONE PENALE ESTERNA

2.1. *I diversi modelli di procedimento. Il principio costituzionale del giusto processo*

Nella tradizione legislativa processuale italiana in materia penale non esisteva una disciplina specifica del procedimento di Sorveglianza. Sotto il vigore del codice di procedura penale abrogato del 1930 il procedimento di Sorveglianza veniva regolato dalle stesse norme che disciplinavano il giudizio di esecuzione[1]. Nel corso del tempo ed in particolare con l'introduzione della legge sull'ordinamento penitenziario e poi con la Legge n. 663/1986, "Legge Gozzini", come si è detto, nasce una nuova figura giurisdizionale: l'*Ufficio di Sorveglianza*. Componenti di questo Ufficio sono il *Tribunale* ed il *Magistrato* di Sorveglianza, nelle cui attribuzioni rientrano le decisioni in materia di misure alternative alla detenzione e tutti gli altri benefici o istituti, anche di rigore, che si ricavano da diversi testi legislativi[2].

I numerosi interventi legislativi in materia penitenziaria hanno modificato radicalmente il quadro normativo tradizionale della materia, poiché nuovi istituti e nuovi benefici sono stati previsti. Per tali ragioni, nonostante la specifica previsione del *Capo II-bis* O.P. "*Procedimento di sorveglianza*", non esiste un tipo di procedimento in materia di Sorveglianza, ma si

possono distinguere due diversi modelli: il primo si può definire **procedimento ordinario**, disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p.; il secondo è il **procedimento speciale o atipico**[3].

Il procedimento speciale si distingue a sua volta in due ulteriori ipotesi: il **procedimento *de plano*** ed il **procedimento per reclamo**.

Diversamente dal passato l'ordinamento giuridico italiano, in ogni suo particolare settore, deve orientare oggi la materia processuale ai principi fondamentali previsti all'art. 111 della Carta Costituzionale italiana, oggetto di modifica con la Legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999. Quando si richiama il dettato dell'art. 111 Cost. si utilizza spesso l'espressione "*giusto processo*" oppure "*principio del contraddittorio*", volendo con questo intendere che un processo, che sia penale, civile o amministrativo, può essere definito giusto ed equo solo quando alle parti siano riconosciuti gli stessi diritti di intervento e di difesa, in presenza di un giudice terzo ed imparziale. Ecco perché il secondo comma dell'art. 111 Cost. afferma solennemente: "*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*". Ed ancora il comma IV: "*Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*"[4].

Diversamente dai procedimenti di merito, ove esiste un contenzioso tra le parti o, come in materia penale, l'obbligo a carico del pubblico ministero dell'esercizio dell'azione penale, il procedimento di Sorveglianza può mostrare un'anomalia. Ed infatti, il procedimento potrebbe iniziare d'ufficio, su autonoma iniziativa della stessa magistratura di Sorveglianza, senza alcuna specifica richiesta da parte dell'interessato.

Al procedimento di Sorveglianza sono generalmente applicabili le norme che disciplinano le cause di nullità degli atti ed in parte anche quelle che prevedono i casi di incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice.

Come al giudizio penale anche al procedimento di Sorveglianza si applicano le norme del codice di procedura penale che assicurano il patrocinio in favore dei soggetti non abbienti a spese dello Stato. Anche nella fase dell'esecuzione, infatti, si impone il rispetto del dettato dell'art. 24 Cost. che stabilisce: "*La difesa è diritto inviolabile in ogni e stato e grado del procedimento*".

Un profilo comune a tutte le forme di procedimento in materia di Sorveglianza è quello del criterio di **ammissibilità** della richiesta. Si tratta di una forma di delibazione preliminare che il Presidente del collegio del

Tribunale o il Magistrato di Sorveglianza svolgono sulla istanza che viene presentata, per poi sottoporla al vaglio del suo contenuto. In questo modo la legge consente di impedire che vengano svolte attività processuali e trattazioni in udienza inutili, a causa della mancanza dei requisiti di ammissibilità della richiesta che si presenta "**manifestamente infondata**".

Il giudizio di "manifesta infondatezza" viene espresso in tre distinte ipotesi: a) in difetto dei presupposti previsti tassativamente dalla legge (si pensi alla richiesta di affidamento in prova quando la pena residua è superiore ai tre anni); b) quando viene reiterata la richiesta già respinta, senza che siano sopraggiunti elementi nuovi di valutazione; c) quando, solo per il caso del condannato non detenuto, nella richiesta non venga indicato il domicilio o da questi comunicata la sua variazione.

Il provvedimento sulla inammissibilità viene assunto con la forma del decreto, che fornisce una puntuale motivazione, dopo aver sentito il parere del pubblico ministero, ma in assenza del difensore. Il decreto di inammissibilità deve essere successivamente depositato nella cancelleria del giudice competente e notificato all'interessato ed al suo difensore, dal momento che per l'art. 666 c.p.p., può essere oggetto di ricorso per cassazione nei quindici giorni successivi alla sua notifica sia da parte del pubblico ministero che del difensore.

L'assenza del difensore nella fase di delibazione preliminare, tuttavia, pur inquadrata in una prospettiva di economia processuale, non si sottrae ai sospetti di incostituzionalità, a causa della possibile violazione dell'art. 111 Cost., cui oggi il legislatore potrebbe comunque provvedere rimediando con una previsione che consenta al difensore di intervenire.

2.2. *Il procedimento ordinario*

Il procedimento di carattere ordinario, o tipico, innanzi alla Magistratura di Sorveglianza risulta espressamente regolato dall'art. 678 c.p.p. "*Procedimento di sorveglianza*", che rinvia per gli specifici contenuti di natura procedimentale all'art. 666 c.p.p. "*Procedimento di esecuzione*"[5].

Il procedimento può essere aperto su richiesta dell'interessato o dal suo difensore, su richiesta del pubblico ministero o anche d'ufficio, ma in alcuni casi il potere di iniziativa è riconosciuto anche ai prossimi congiunti e al Consiglio di disciplina della struttura penitenziaria di appartenenza. Dal momento che generalmente in questi casi si tratta di accedere a benefici

penitenziari deve essere considerata la possibilità che l'interessato, poiché rientra nei suoi poteri di invocarne l'applicazione, possa rifiutarli o rinunciarvi.

Tra i soggetti che possono inoltrare richiesta di benefici sono da contemplare anche il curatore ed il tutore dell'infermo di mente, ai quali viene per legge conferito lo stesso potere che si riconosce ai propri rappresentati, ed il pubblico ministero. In questo ambito, infatti, una posizione particolare occupa l'ufficio del pubblico ministero che abbandona le sue vesti di organo inquirente ed assume le vesti di organo istituzionale che agisce nell'interesse pubblico e, pertanto, nell'interesse di ogni singolo cittadino. Anche questa attività non è estranea al ruolo dell'ufficio del pubblico ministero, del resto quando la legge prevede che debba comparire in determinate procedure innanzi alla giurisdizione civile finisce per assolvere alle medesime funzioni di salvaguardia dell'interesse pubblico.

Quando non deve essere dichiara la inammissibilità della richiesta il Presidente del collegio o il Magistrato fissano con decreto la data dell'udienza, dopo aver nominato un difensore d'ufficio all'interessato che ne sia sprovvisto. Anche se l'art. 666, comma III, c.p.p. non si presenta esauriente, secondo la costante giurisprudenza il decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio deve contenere indefettibilmente una serie di elementi: l'indicazione dell'autorità che procede; il luogo, il giorno e l'ora di comparizione della parti; l'oggetto della procedura; l'informazione rivolta all'interessato che può essere sentito; la indicazione del difensore o in assenza la designazione del difensore d'ufficio. Il decreto deve essere comunicato almeno dieci giorni prima dell'udienza al pubblico ministero, all'interessato ed al suo difensore.

Sia in dottrina che in giurisprudenza si ritiene che il mancato avviso alle parti, in particolare all'interessato, è ipotesi di nullità assoluta e insanabile del procedimento, in considerazione del fatto che questo decreto deve essere ritenuto regolato dalla medesima disciplina che regola il decreto di citazione a giudizio nel procedimento penale di merito.

Per le ragioni di celerità che caratterizzano il rito innanzi al Tribunale di Sorveglianza, trattandosi di materia attinente alla libertà personale dell'interessato, anche se non viene espressamente previsto dalla legge, si ritiene necessario svolgere un'attività istruttoria prima ancora della celebrazione del giudizio in camera di consiglio. Tale attività pre-camerale è particolarmente utile, poiché consente al giudicante di acquisire tutti i necessari elementi di valutazione, tutte le opportune informazioni da parte degli organi di polizia e tutti i documenti che si presentano rilevanti ai fini della decisione sulla richiesta.

Si pensi al caso di un soggetto non detenuto che abbia chiesto l'ammis-

sione al beneficio dell'affidamento in prova ai servizi sociali sul presupposto di una pena di venti mesi da scontare, allegando alla sua richiesta una certificazione da cui risulta che svolge regolarmente attività di lavoro dipendente. Il Tribunale ben può, precedentemente all'udienza, acquisire tutte le necessarie informazioni attraverso gli organi di polizia, gli atti del casellario giudiziale, il centro degli assistenti sociali, per verificare la veridicità di quanto dichiarato e la sussistenza delle condizioni che legittimano la concessione di una misura alternativa alla detenzione richiesta.

Anche a questo proposito non mancano fondati rilievi in ordine alla legittimità di una fase istruttoria preventiva, finalizzata alla raccolta della prova che potrebbe pregiudicare le ragioni dell'interessato ma soprattutto compromettere il principio di imparzialità del giudice terzo che sarebbe direttamente impegnato nella raccolta delle prove [6].

Fino a cinque giorni prima dell'udienza la parti possono prendere visione del fascicolo processuale e di tutti gli atti che vi sono allegati e depositare, ove lo ritenessero, documenti o memorie a sostegno della richiesta.

L'udienza di Sorveglianza non è aperta al pubblico, si svolge secondo le forme processuali previste all'art. 127 c.p.p. che regola il procedimento in camera di consiglio e vi partecipa soltanto il procuratore generale presso la Corte di Appello del distretto di appartenenza, quando si tratta del Tribunale di Sorveglianza, oppure il procuratore della Repubblica, quando si tratta del Magistrato di Sorveglianza, il difensore ed, eventualmente, l'interessato.

Una volta aperta l'udienza il Presidente o il Magistrato verificano la regolare costituzione della parti, controllando in primo luogo che siano state correttamente avvisate. La Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite ritiene a questo proposito che non sia da considerare rilevante il *legittimo impedimento* del difensore a comparire in udienza, sottolineando una decisa diversità tra il giudizio di Sorveglianza con l'impedimento che venga fatto valere nella fase del dibattimento [7].

Se il giudice rinviene un vizio nel decreto che fissa l'udienza o una irregolarità nella notifica della citazione, ne dichiara la nullità e rinvia ad altra udienza di trattazione, disponendo che venga posto rimedio alla causa di invalidità.

Il condannato può non essere presente all'udienza oppure può chiedere di essere sentito e nel caso sia detenuto il giudice deve disporre la traduzione dalla struttura in cui si trova detenuto.

Il Presidente, o altro componente del collegio designato, e il Magistrato

aprono l'udienza con la relazione orale, con la quale illustrano il contenuto della richiesta, di ammissione al beneficio o di revoca, e tutti gli elementi utili raccolti nella fase pre-camerale. Nella fase dell'udienza non possono essere accolte richieste nuove e diverse da quella oggetto della iniziale istanza.

Dopo lo svolgimento della relazione segue la fase della trattazione nella quale le parti possono intervenire articolando prove o, se ne ha fatto richiesta, ascoltando l'interessato.

Il giudice di sua iniziativa può acquisire **documenti** presso pubbliche amministrazioni o presso autorità di polizia, così come può richiedere **informazioni** presso qualunque ufficio o ente pubblico. Può inoltre presso la struttura penitenziaria acquisire tutta la documentazione relativa all'"**osservazione della personalità**" e la cartella personale del detenuto, oltre alla "*inchiesta sociale*" condotta dall'UEPE. Allo stesso modo, anche se con poteri molto più circoscritti, l'interessato o il suo difensore possono rivolgere richiesta di documentazione ad enti pubblici. Non si esclude che in questa fase possano essere ascoltati consulenti tecnici e periti sugli accertamenti svolti, ad esempio, sulle condizioni di salute del detenuto e sulla compatibilità delle sue condizioni cliniche con lo stato di restrizione penitenziaria. In questo caso la nomina del consulente tecnico potrà essere disposta a cura delle parti mentre la nomina del perito a cura del Tribunale o del Magistrato di Sorveglianza.

Gli elementi di prova possono anche comprendere atti che devono essere compiuti in quella fase e non preesistenti, come ispezioni, testimonianze, perizie, ecc.

Terminata la fase di assunzione della prova segue la discussione finale delle parti, prima con l'intervento del pubblico ministero e per ultimo del difensore.

Il verbale di udienza viene redatto in forma riassuntiva, salvo che non sia stata preventivamente disposta la verbalizzazione integrale.

Una volta dichiarata chiusa l'udienza si passa alla fase della **deliberazione**. Anche se la deliberazione dovrebbe avvenire nel medesimo contesto temporale si è instaurata una prassi secondo cui il giudice si riserva di depositare la decisione in altra data. In realtà dopo la deliberazione il giudice decide con ordinanza motivata che può essere affidata anche alla redazione di un membro del collegio, anche non togato. La motivazione è una parte essenziale del provvedimento del giudice, poiché deve consentire di ripercorrere l'*iter* argomentativo logico-giuridico che ha consentito al giudice di pervenire alla decisione e, allo stesso tempo, rappresenta l'oggetto della verifica di legittimità devoluta alle parti.

In ragione del suo potere discrezionale il giudice può disporre la sospensione dell'esecuzione della propria ordinanza che altrimenti la legge prevede come immediatamente esecutiva.

La legge non impone che l'ordinanza sia letta in udienza, per cui una volta depositata in cancelleria deve essere comunicata o notificata alle parti e ai difensori.

2.3. *I procedimenti speciali*

Si tratta di un modello procedimentale che deroga alla disciplina che la legge stabilisce per il procedimento che si definisce ordinario o tipico. In questo caso non esiste alcuna previsione che esplicitamente lo caratterizza, ma vi sono diverse norme che si deducono da una ricognizione attenta compiuta sul codice di procedura penale e sulla legge dell'ordinamento penitenziario. Lo scopo è di pervenire al provvedimento del giudice attraverso una decisa semplificazione della procedure giudiziarie.

Sul piano strettamente normativo va registrata una sovrapposizione o una mutuazione della disciplina che regola la materia dell'esecuzione a favore della giurisdizione di Sorveglianza che vede progressivamente ampliare e tipicizzare i suoi poteri.

2.3.1. *Il procedimento c.d.* de plano

Il primo dei procedimenti speciali, o atipici, è quello che per la sua semplicità di svolgimento e rapidità nel compimento degli atti viene detto *de plano*.

L'ipotesi di base vede la sua disciplina di riferimento nell'art. 667 c.p.p. e, comunque, in tutti gli altri casi previsti in materia penitenziaria in cui il giudice può decidere *senza alcuna formalità*, attesa la possibilità di pervenire senza ritardo e senza alcuna particolare istruttoria alla sua decisione. Si tratta in generale di ipotesi in cui il trascorrere del tempo potrebbero pregiudicare i diritti e le ragioni del soggetto interessato. L'art. 667 c.p.p. regola, infatti, il caso in cui il giudice deve decidere senza alcun ritardo e senza formalità allorché vi sia dubbio sull'identità fisica della persona detenuta o vi sia stato un errore di persona. Il giudice provvede con ordinanza che viene immediatamente comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato.

Alle forme del provvedimento *de plano* si ricorre anche quando il giudice decide il materia di ordinamento penitenziario, in particolare per la concessione di **permessi**, di **permessi-premio**, di **licenze**, di **lavoro all'esterno** del carcere, di **riduzione della pena** per la liberazione anticipata, di **so-**

spensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva – c.d. indultino –, di **espulsione dello straniero** come regolato dal T.U. in materia di immigrazione.

2.3.2. *Il procedimento per reclamo*

L'assenza di un testo legislativo organico o di un gruppo di norme all'interno del codice di procedura penale che in maniera esauriente siano poste a regolare la materia penitenziaria, determina serie difficoltà di collocare sotto schemi sistematici i poteri di intervento dell'Ufficio di Sorveglianza.

Un caso che si presta a questa equivoca qualificazione è il procedimento per *reclamo* che ancora oggi sfugge ad una sicura collocazione, se sia un atto di avvio di una procedura o un mezzo di impugnazione, se abbia natura amministrativa o natura giurisdizionale. Dopo un'attenta ricognizione delle diverse norme che lo prevedono tuttavia non si è in grado di offrirne una precisa qualificazione.

Il reclamo è un tradizionale mezzo processuale per attivare una procedura amministrativa finalizzata alla verifica delle ragioni per cui da un primo organo che ha deciso sono stati negati i benefici richiesti dalla persona detenuta, soprattutto in materia di permessi.

Seguendo un proposito di classificazione sistematica per materia il reclamo, visto come mezzo processuale e non come semplice istanza, può essere distinto in: giurisdizionale e amministrativo.

Il *reclamo giurisdizionale* è quel mezzo di impugnazione previsto: dall'art. 14-*ter* O.P. nei casi di sorveglianza particolare; dall'art. 41-*bis* O.P.; per il computo della pena relativo ai permessi e alle licenze; per il lavoro penitenziario[8].

Da un punto di vista procedimentale sul reclamo è chiamato a decidere il Tribunale o il Magistrato di Sorveglianza come stabilito dall'art. 69 O.P. Per quanto riguarda la specifica ipotesi del regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*ter* O.P., il Tribunale di Sorveglianza è chiamato a decidere sul reclamo proposto dall'interessato contro la decisione assunta dall'Amministrazione penitenziaria. L'ordinanza del Tribunale può essere oggetto di ricorso per cassazione.

Il *reclamo amministrativo* è quel mezzo di impugnazione che ha per oggetto la materia dei permessi, le cui ragioni di doglianza possono essere

proposte al Tribunale o al Magistrato di Sorveglianza, a seconda che la decisione in prima istanza sia stata del Magistrato o dell'Amministrazione penitenziaria.

Anche il procedimento per reclamo, nelle sue variegate forme e nelle materie in cui è previsto, non si sottrae a sospetti di incostituzionalità per il mancato rispetto dei principi stabiliti all'art. 111 Cost. Trattandosi di materia relativa alla libertà personale ed al rispetto dei diritti inviolabili della persona umana anche in questi casi andrebbe garantito il contraddittorio tra le parti e soprattutto la presenza di un giudice terzo ed imparziale, aspetto che sembra mancare nei procedimenti che vedono le decisioni espresse dall'Amministrazione penitenziaria.

2.4. *Il procedimento incidentale*

Questa forma procedimentale viene definita *incidentale* per il fatto che impone in maniera imprevista una particolare attività istruttoria volta ad accertamenti relativi alla posizione di un soggetto detenuto o condannato.

Si tratta di un nuovo tipo di procedimento introdotto nell'ordinamento penitenziario con l'art. 58-*ter* riferito a quelle persone condannate o detenute in custodia cautelare per uno dei delitti di terrorismo, anche internazionale, o di reati associativi previsti tassativamente all'art. 4-*bis* O.P.

Il Tribunale di Sorveglianza è chiamato ad accertare se il soggetto si è adoperato per evitare che il delitto di cui risponde sia portato a conseguenze ulteriori o se si sia adoperato per la ricostruzione dei fatti o abbia collaborato per la cattura dei responsabili, al fine di superare i divieti stabiliti con l'art. 4-*bis* O.P. che impediscono di accedere ai benefici penitenziari.

2.5. *Il regime delle impugnazioni*

L'unico rimedio di impugnazione delle decisioni del Tribunale di Sorveglianza è il ricorso per cassazione, mentre per le decisioni del Magistrato di Sorveglianza è ammesso anche l'appello che vede come giudice di secondo grado il Tribunale di Sorveglianza, come viene espressamente previsto all'art. 666 c.p.p.[9].

La vigenza dell'art. 111 Cost. impone una regola di carattere generale

per cui tutti i provvedimenti che in qualsiasi modo incidono sulla libertà personale possono essere oggetto di ricorso per cassazione.

Mentre il provvedimento contro cui si propone appello riguarda la ricognizione da parte del giudice di grado superiore sul merito della decisione, per cui potrà conoscere dell'intera questione su cui si è pronunciato il primo giudice, il ricorso per cassazione può essere esperito soltanto per ragioni di legittimità, ossia per quelle ragioni che attengono alla corretta applicazione della legge in materia.

L'ordinanza che si impugna, appellabile o ricorribile, è sempre esecutiva, salvo che il giudice che l'ha emessa non ritenga di sospenderne gli effetti fino alla decisione del giudice di grado superiore.

I soggetti abilitati ad impugnare i provvedimenti di Sorveglianza, che generalmente sono decisi con le forme della camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p., sono il pubblico ministero, l'interessato ed il difensore, normalmente nel termine di 15 giorni.

Anche in questi casi vi è una delibazione preliminare sull'ammissibilità dell'impugnazione e, seppure per ragioni eccezionali o sopravvenute, può essere richiesta una integrazione probatoria indicando documenti o facendo richiesta di informazioni.

2.6. *Gli uffici di esecuzione penale esterna (UEPE)*

Un ruolo di primo piano nel quadro delle iniziative fondate sul dovere costituzionale di rieducazione e di risocializzazione del condannato, che rappresenta allo stesso tempo una finalità precipua del nostro ordinamento giuridico in materia di sanzione penale e la vocazione politico-criminale in uno stato democratico moderno, è assolto dagli *Uffici di Esecuzione Penale Esterna (UEPE)*, che per effetto della Legge 27 luglio 2005, n. 154 hanno sostituito il *Centro dei servizi sociali* (CSSA).

La legge ha modificato radicalmente l'art. 72 O.P. ed oltre a razionalizzare l'attività degli Uffici ha confermato anche nella sua denominazione la prerogativa del trattamento penitenziario italiano da intra-murario diventa extra-murario, salvaguardando, in questo modo, la natura delle misure alternative alla detenzione come diverse modalità di espiazione di una pena restrittiva. Resta, tuttavia, una duplice competenza operativa, poiché gli UEPE sono chiamati ad operare sia all'interno che all'esterno delle strutture penitenziarie[10].

In realtà il legislatore italiano a partire dalla legge fondamentale che regola l'ordinamento penitenziario n. 354/75, passando per la legge n. 663/86, detta Gozzini, e poi per le numerose previsioni relative alle misure alternative alla detenzione introdotte progressivamente – si pensi all'affidamento in prova, ordinario e nei casi particolari, al servizio sociale – ed a quelle che si ispirano al modello della *probation* – si pensi alla messa alla prova per i soggetti minori –, ha enfatizzato notevolmente il ruolo dell'assistente sociale nell'ambito dei compiti in materia penitenziaria [11].

Se anche sul piano culturale il ruolo ha subito significativi potenziamenti, da un punto di vista normativo e dei valori espressi dal nostro ordinamento giuridico, l'azione nel settore penitenziario svolto dell'assistente sociale deve trovare in primo luogo sintonia con il dettato delle norme costituzionali. L'art. 2 Cost., infatti, sancisce i *diritti inviolabili* dell'uomo, come singolo e nel contesto sociale di appartenenza; l'art. 3 Cost. il principio di *uguaglianza* degli uomini; l'art. 27 Cost. il principio di *umanizzazione* della pena; e in ultimo un principio di carattere generale che permea l'intera Carta fondamentale, quello di *solidarietà umana*. Non a caso l'art. 5 – sotto il Titolo II "*Principi*" – del Codice deontologico dell'Assistente Sociale stabilisce che: "*La professione si fonda sul valore, sulla dignità e sulla unicità di tutte le persone, sul rispetto dei loro diritti universalmente riconosciuti e sull'affermazione delle qualità originarie delle persone: libertà, uguaglianza, socialità, solidarietà, partecipazione*"; ed il successivo art. 7 stabilisce significativamente che: "*L'assistente sociale pone la persona al centro di ogni intervento*" [12].

Le attività istituzionali demandate agli assistenti sociali sono, come già detto, fondamentalmente di due tipi: una intra-muraria; l'altra extra-muraria, anche post-penitenziaria.

Il primo dei compiti assegnato è rappresentato dallo "*studio della personalità*" del detenuto, condannato o in custodia cautelare; per poi accedere a tutte le tecniche tipiche del campo della ricerca sociale per analizzare il contesto socio-culturale da dove il soggetto proviene e dove ritorna alla sua vita avendo beneficiato di provvedimenti di favore; per finire a quel ruolo che l'assistente sociale svolge su mandato del Tribunale e del Magistrato di Sorveglianza allorché è chiamato a relazionare sulla personalità e sul percorso rieducativo che intende intraprendere o che già ha intrapreso il soggetto condannato. Si tratta, in buona sostanza, di un organismo tecnico cui ricorre la Magistratura di Sorveglianza allorché si tratta di promuovere le iniziative di risocializzazione che non vanno intese soltanto come forma di controllo sul progetto trattamentale nei confronti di un condannato, ma come una sicura prospettiva di promozione umana della persona[13].

Oggi i compiti degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna (ex Centro di Servizio Sociale) risultano delineati nel Regolamento penitenziario varato con il DPR 30 giugno 2000, n. 230 a partire dall'art. 118, ove si contemplano gli interventi sia interni di consulenza che esterni alle strutture carcerarie.

Soltanto con la legge n. 354/75 vennero istituzionalizzati i Centri di assistenza sociale nell'ambito delle strutture penitenziarie con la predisposizione di tre diverse aree distinte tra intervento e organizzazione: la *segreteria*, il *servizio sociale*, e l'*amministrazione*.

Da un punto di vista gerarchico-funzionale gli attuali Uffici di Esecuzione Penale Esterna sono direttamente dipendenti dalla "*Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna*" presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria che rappresenta una specifica divisione nell'ambito del Ministero di Giustizia.

Il compito da un punto di vista processuale più importante che spetta all'UEPE è la c.d. *inchiesta sociale* che l'assistente sociale svolge sulla base di una specifica richiesta formulata dalla magistratura di Sorveglianza per effetto dell'art. 666, c. 5, c.p.p. in combinato disposto con l'art. 72 O.P. L'inchiesta sociale nel settore penitenziario può essere considerata come l'atti-

vità di raccolta, di valutazione e di organizzazione dei dati inerenti la vita del soggetto esaminato, sia nelle relazioni familiari che nel rapporto con il contesto sociale ed amministrativo di appartenenza, al fine di fornire alla magistratura di Sorveglianza un quadro esauriente di conoscenze per consentire l'accesso ai benefici che la legge prevede per il percorso di rieducazione.

Circa i compiti istituzionali dell'assistente sociale vanno richiamate le nuove competenze derivanti dall'introduzione nel nostro ordinamento penale di nuove forme di sanzioni previste dalla legge istitutiva del Giudice di Pace in materia penale[14]. A partire dall'art. 51 del D.Lgs. n. 274/2000, infatti, sono state previste nuovi tipi di sanzioni penali che chiamano in causa l'intervento degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna e sono l'"*Obbligo di permanenza domiciliare*" – art. 53 – ed il "*Lavoro di pubblica utilità*" – art. 54 –, entrambi non sono pene detentive, come del resto precisato dall'art. 53, c. 2, "*…il condannato non è considerato in stato di detenzione*", l'unica ipotesi che potrebbe proporre qualche significativo profilo detentivo.

Bisogna ritenere che anche in questo settore l'attività dell'assistente sociale venga in futuro ad acquisire sempre nuove e più numerose competenze.

APPENDICE

1. *Le recenti iniziative legislative e le ragioni di un intervento di urgenza sul sistema penitenziario*

Il settore legislativo del diritto penitenziario, così com'è accaduto nell'ultimo quinquennio per tutto il comparto della legislazione penale, ha subito negli ultimi anni importanti interventi d'integrazione e innovazione. Purtroppo non sempre gli interventi si caratterizzano per rigore sistematico, per cui le nuove leggi o l'introduzione di nuovi istituti s'innestano casualmente nel corpo della legge di settore sull'Ordinamento penitenziario minandone l'originario disegno di coerenza.

Le recenti iniziative assunte in sede legislativa hanno trovato il principale impulso nell'esigenza di rafforzare i presidi normativi che regolano la fase della concreta espiazione della pena. Un bisogno soprattutto avvertito dall'opinione pubblica che lamenta un senso di profonda e generalizzata insicurezza e che nel Parlamento italiano si è tradotto in un'opera d'inasprimento dell'intero apparato sanzionatorio del diritto penale, fino al punto da superare i limiti applicativi delle misure alternative alla detenzione e degli altri istituti giuridici con effetti di favore per il recupero sociale dei condannati. Nascono su queste premesse culturali i cc.dd. "pacchetti sicurezza".

Questa nuova radicale visione, fondata essenzialmente sulle connotazioni retributive e afflittive della sanzione penale, ha certamente posto in ombra o comunque ha notevolmente attenuato la linea tendenziale che il costituente aveva tracciato con la previsione dell'art. 27 della Carta fondamentale che era stata nel tempo ribadita dalla disciplina della Legge n. 354/1975 istitutiva dell'Ordinamento penitenziario.

Anche la Corte Costituzionale non ha fatto mancare la sua voce a questo proposito e con la sentenza n. 257/2006 ha confermato che anche il segmento rappresentativo dell'effettiva esecuzione della pena non può trascurare l'esigenza di contemperare istanze retributive con caratteristiche di afflittività e finalità orientate alla prevenzione speciale[1]. In buona sostanza è stato

---

[1] Corte Cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257, in *www.cortecostituzionale.it*. Tale pronuncia risale direttamente ai medesimi principi già espressi in Corte Cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, in *www.cortecostituzionale.it*.

ribadito che il concetto "polifunzionale" della pena deve essere al centro della decisione del Giudice, pur non trascurando di considerare che in decisioni precedenti la Corte avesse conferito particolare se non addirittura esclusivo privilegio al principio costituzionale che afferma la finalità rieducativa della pena[2]. In questo modo il concetto d'individualizzazione della punizione ha perso il suo esclusivo baricentro di stampo special-preventivo, per spingersi verso un concetto di flessibilità punitiva. La flessibilità consente al legislatore di adeguare progressivamente le scelte di politica criminale alle situazioni storiche in cui è chiamato a intervenire e, nella continua tensione tra la tutela della collettività dal crimine e la tutela dei diritti fondamentali della persona, dare prevalenza ad una delle finalità della pena che in quel momento si ritiene debba essere ritenuta da perseguire.

Sulla scorta di queste considerazioni si è giunti anche a stabilire un criterio di differenziazione penitenziaria delle categorie di soggetti condannati: chi per la prima volta commette un reato e per questo deve scontare la pena quando sia stata accertata la colpevole responsabilità deve essere trattato con misura meno afflittiva di colui che non si astiene dal commettere reato. La Legge 5 dicembre 2005, n. 251 nel confermare questa rigorosa linea di tendenza stabilisce una decisa demarcazione tra il trattamento penitenziario del delinquente primario dalla disciplina di maggiore severità riservata al delinquente recidivo.

L'attuazione più rilevante tra le scelte di differenziazione penitenziaria è espressa dall'inasprimento della disciplina del "carcere duro", prevista all'art. 41-*bis* O.P. "*Situazioni di emergenza*", con la Legge 15 luglio 2009, n. 94 [3]. In questo modo il Ministro della Giustizia può adottare il provvedimento che sospende le normali regole di trattamento del soggetto detenuto o internato quando vi siano le condizioni stabilite dall'art. 4-*bis* O.P. che a sua volta è stato oggetto di significative integrazioni. Tale norma infatti riporta un catalogo particolarmente ricco di ipotesi di delitto, ostativi all'applicazione delle normali regole di trattamento penitenziario e alle misure alterative alla detenzione.

Mentre la sede legislativa sviluppava queste innovazioni restrittive dei meccanismi trattamentali, la situazione strutturale del sistema carcerario e l'ambito della giurisdizione di sorveglianza avvertivano i primi pesanti effetti di tali scelte. Ed infatti la naturale ricaduta imponeva di fare fronte al fenomeno del sovraffollamento delle carceri che continua a proiettarsi in progressione esponenziale.

---

[2] Corte Cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *www.cortecostituzionale.it*.

[3] Legge 15 luglio 2009, n. 94 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", in *G.U.*, Serie Generale, 24 luglio 2009, n. 170, Supplemento ordinario n. 128.

Tuttavia se da un lato si sostiene con forza il principio di effettività dell'esecuzione della pena – definita certezza della pena –, d'altro lato non appare adeguato e proporzionato ai nuovi bisogni l'intero apparato carcerario, chiamato da solo a garantire la tenuta dell'intero sistema. Il numero delle strutture penitenziarie, il personale impiegato e gli stessi soggetti detenuti vivono in un microcosmo necessario, dove l'inadeguatezza finisce per compromettere il regolare svolgimento delle attività istituzionali e la stessa finalità di recupero e d'integrazione sociale dei condannati. A questi si aggiunga il cospicuo numero delle persone che si trovano in custodia cautelare per comprendere la preponderanza quantitativa sulle ragioni di normalità in cui si dovrebbe svolgere la vita nei penitenziari.

Senza alcun dubbio sullo stato di sovraffollamento carcerario hanno pesato le ultime scelte legislative, ma va detto che comunque la complessiva situazione strutturale dell'ambito penitenziario è sempre apparsa inadeguata rispetto ai bisogni di pena che un tempo, fino all'ultimo provvedimento di clemenza del 1990, erano mitigati con i periodici ricorsi all'amnistia e all'indulto. Il ricorso a tale opzione legislativa si presentava in realtà funzionale a un duplice ordine di necessità: ridurre il carico dei procedimenti giudiziari e ridurre il numero delle persone detenute in esecuzione di pena. Questo sistematico intervento è stato interrotto con la modifica dell'art. 79 Cost. intervenuta con la Legge cost. 6 marzo 1992, n. 1 che stabilisce un diverso *quorum* per l'approvazione delle leggi di clemenza, costituito dal voto favorevole dei due terzi dei componenti di ciascun Camera.

Considerata, tuttavia, l'assoluta urgenza di offrire un clima di normalità alle carceri, dal momento che i rimedi come quello del c.d. "indultino" non avevano sortito gli effetti sperati, il legislatore è intervenuto con un provvedimento di indulto (causa di estinzione della pena) entrato in vigore con la Legge 31 luglio 2006, n. 241, con il quale si dichiaravano estinte nella misura non superiore ai tre anni tutte le pene detentive per i reati commessi entro il 2 maggio del 2006.

Il deterioramento delle condizioni di vita delle persone detenute all'interno degli istituti di pena italiani, oltre a tradire la disposizione prescrittiva del comma 3 dell'art. 27 della Costituzione italiana – impegnata allo stesso tempo a rispettare il principio di umanità e procedere nel rispetto della dignità della persona, finisce per determinare evidenti contrasti con le più alte fonti del diritto dell'Unione Europea. Ed infatti, con la sentenza 16 luglio 2009 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo interveniva per censurare la violazione dei diritti di un detenuto (tale Suleimanovic), il quale, ristretto nel carcere romano di Rebibbia dal gennaio all'aprile del 2003, aveva condiviso una cella di mq. 16,20 con altri cinque detenuti, per uno spazio di soli mq. 2,7 a persona, di gran lunga inferiore al minimo che il Comitato per la pre-

venzione della tortura aveva fissato in mq. 7[4]. Per questa ragione l'Italia era stata condannata al pagamento a favore del detenuto ricorrente di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno morale.

2. *I rimedi normativi adottati per superare l'emergenza*

La decisione della CEDU certificava ormai un evidente e permanente malessere del sistema penitenziario nel suo complesso che si presenta, contro le sue premesse di valore, gravemente irrispettoso dei diritti fondamentali della persona umana detenuta, com'è stato ribadito in più occasioni pubbliche anche dal Presidente della Repubblica italiana Giorgio Napolitano.

In realtà la popolazione complessiva delle persone detenute, oltre che numericamente considerevole, risulta anche variegata per molteplici ragioni. Secondo le informazioni statistiche del Ministero di Giustizia vi è un altissimo numero di condannati stranieri che scontano la pena nelle carceri italiane per reati commessi sul territorio dello Stato. Questa è la ragione per cui il legislatore con un primo intervento ha provveduto al potenziamento della misura alternativa dell'espulsione di condannati stranieri dal territorio dello Stato italiano, già prevista con D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. L'intento è di evitare l'ingresso nel circuito penitenziario di stranieri condannati alla pena compresa entro i due anni di reclusione. In questo modo l'innovazione introdotta con la Legge n. 94/2009, che assegna l'esclusiva competenza in materia al Tribunale di Sorveglianza, come sancito dalla previsione del comma 5 dell'art. 16, è chiamata a svolgere un ruolo essenzialmente deflattivo.

Il vertiginoso aumento della popolazione carceraria trova un altro importante limite nelle modestissime iniziative di edilizia carceraria, poiché in periodo di forte crisi economica il finanziamento di questi interventi è fortemente ridimensionato, così come accade per tutto il settore delle opere pubbliche.

Nell'impossibilità di ricorrere in via sistematica a forme di controllo presso il domicilio come quella esistente che utilizza il c.d. "braccialetto elettronico"[5], per ragioni essenzialmente legate ancora una volta a motivi

---

[4] CEDU Sez. II, Sulejmanovic c/Italia, sentenza 16 luglio 2009 sul ricorso n. 22635/03, in *www.giustizia.it*. Sulla scorta di questo importante precedente il Giudice di Sorveglianza di Lecce con ordinanza 9 luglio 2011 ha condannato per la prima volta l'Amministrazione penitenziaria a risarcire il danno esistenziale a favore di un detenuto straniero costretto a scontare la sua pena in una cella dallo spazio vitale assolutamente insufficiente.

[5] Il "braccialetto elettronico" come forma di controllo a distanza è stata introdotta con la Legge 20 gennaio 2001, n. 4 "*Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia*", in *G.U.*, serie generale, 20 gennaio 2001, n. 16.

di carattere finanziario, il legislatore ha fatto ricorso a espedienti normativi di alleggerimento della presenza in carcere.

Il primo provvedimento che inaugura questa nuova stagione legislativa e che si pone come obiettivo la riduzione della popolazione in carcere è stato adottato con la Legge 26 novembre 2010, n. 199 "*Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno*" [6], in cui si prevede che: «*la pena detentiva non superiore a dodici mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato "domicilio"*». I condannati potranno accedere in questo modo a una nuova forma di detenzione domiciliare in maniera incondizionata e senza una previa valutazione discrezionale da parte del Tribunale di Sorveglianza circa la sussistenza dei presupposti per la concessione della misura alternativa alla detenzione in carcere.

Tuttavia la legge contiene due previsioni che vanno attentamente considerate. La prima concerne la ragione a fondamento di una tale scelta, quella cioè di aver trovato un rimedio di emergenza ma che nello stesso tempo non mortifica l'esigenza di assicurare certezza all'esecuzione della pena in condizioni di sicura afflittività. Lo stesso comma 1 dell'art. 1 della Legge n. 199/2010 a chiarire le ragioni del ricorso a una nuova forma di detenzione domiciliare, allorché precisa la vigenza temporale della misura: «*Fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013*».

Per quanto poi riguarda la gamma dei requisiti per la concessione della detenzione domiciliare annuale il comma 2 dell'art. 1 stabilisce una serie di divieti tassativi che lo impediscono, come essere stato condannato per taluno dei reati previsti nell'art. 4-*bis* della Legge n. 354/1975; essere stati dichiarati delinquente nelle diverse declinazioni stabilite dal codice penale; quando non vi siano le garanzie che il condannato non sia dia alla fuga o che la sua presenza presso il domicilio possa compromettere la tutela delle persone offese dal reato di cui si è reso responsabile.

La detenzione domiciliare annuale può essere concessa quando la condanna alla pena detentiva sia stata pronunziata nel limite di un anno e non sia stata concessa la sospensione condizionale della pena oppure quando si tratta del residuo di pena da scontare oppure ancora quando non vi siano le condizioni per la concessione di altra misura alternativa, quale potrebbe essere l'affidamento in prova al servizio sociale.

---

[6] Pubblicata in *G.U.* 1° dicembre 2010, n. 281 e la cui entrata in vigore è avvenuta il 16 dicembre 2010.

Organo competente alla concessione della misura della detenzione domiciliare non superiore ai **dodici mesi** è il magistrato di sorveglianza, il quale decide con ordinanza secondo le forme del procedimento di sorveglianza atipico. Diverso è il procedimento di concessione della misura a seconda se il soggetto sia in stato di libertà o sia già detenuto. Nel primo caso il pubblico ministero sospende il provvedimento dell'ordine di carcerazione e trasmette senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza che, valutate le condizioni di idoneità del domicilio, dispone che la pena dei dodici mesi venga espiata presso il domicilio designato. Nel caso invece il condannato sia già detenuto, l'istanza può essere avanzata al magistrato di sorveglianza dallo condannato stesso, dal suo difensore o anche dal pubblico ministero. Anche in questo caso, una volta verificata l'idoneità del domicilio, il magistrato applica la misura.

Anche per il soggetto tossicodipendente o alcodipendente è prevista la possibilità di espiare la pena in una struttura sanitaria, quando sia stato predisposto un preciso programma di recupero.

Nonostante la misura della detenzione domiciliare sia stata adottata sottolineandone il temporaneo ricorso nel dichiarato intento di contribuire a ridurre il sovraffollamento carcerario, va sempre rimarcato il concetto che non si tratta di un beneficio o di un trattamento di favore per il condannato. Ancora una volta si deve ribadire che il sistema penale ha il dovere di contemperare le diverse esigenze tra il rigore applicativo delle decisioni di condanna e la finalità di integrazione sociale del condannato, per cui tutte le possibili soluzioni alternative al carcere vanno intese come le molteplici forme di espiazione in concreto della pena e **non occasioni per eludere la fase della esecuzione della condanna**. Anzi più risulta ragionevolmente ampio il ventaglio delle forme di esecuzione, meglio vengono interpretate le esigenze di individualizzazione della pena e di calibratura del principio di afflittività e proporzione nei riguardi del singolo condannato.

Nonostante le diverse iniziative intraprese, il progetto di alleggerimento del numero di persone condannate in carcere non registra progressi, al punto che il nuovo Esecutivo formato da tecnici sul finire del 2011 ha avviato un percorso che si muove su due diverse direttrici: da un lato ha varato provvedimenti immediatamente efficaci per rafforzare precedenti misure deflattive; dall'altro ha presentato in Parlamento disegni di legge per l'introduzione di un generalizzato regime di esecuzione extracarceraria della pena.

Il D.L. n. 211/2011 stabilisce essenzialmente l'innalzamento dell'entità della misura della pena per la concessione della detenzione domiciliare annuale ai condannati che passa dal massimo di **dodici** a **diciotto mesi**[7]. Pre-

[7] D.L. 22 dicembre 2011, n. 211 "*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*", in *G.U.* 22 dicembre 2011, n. 297.

vede poi una serie di misure per coloro che si trovano in stato di arresto, destinandoli alla custodia presso gli organi di polizia, sempre nell'intento di evitarne l'ingresso in carcere.

Nel corso dei lavori parlamentari di esame e di conversione del decreto legge, il Senato ha inserito un emendamento che prevede la chiusura definitiva degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) entro il 2013, nei quali sono vi persone internate perché sottoposte alla misura di sicurezza stabilita all'art. 222 c.p. La norma, in ragione del sistema sanzionatorio definito del "doppio binario", stabilisce infatti che i soggetti imputati dichiarati dal giudice "infermi di mente" e prosciolti all'esito del procedimento penale devono essere sottoposti alla misura di sicurezza personale e detentiva per la loro manifesta pericolosità sociale.

Occorre però anche aggiungere che per particolari categorie di soggetti il legislatore arriva con ritardo a modificarne il regime detentivo, secondo scelte improntate al senso di umanità e che certamente non sono espressione della permanente emergenza in cui versa il sistema. È il caso delle madri detenute con figli minori di età. Dopo la previsione di una nuova forma di detenzione domiciliare per le donne incinte o madri con prole minore introdotta con la Legge 5 dicembre 2005, n. 251, la nuova Legge n. 62/2011 [8] è intervenuta, dopo un lungo e tormentato iter parlamentare per confermare l'incompatibilità del regime carcerario e per innalzare il limite di età del minore da tre a sei anni.

Se non vi sono le condizioni per la madre di ottenere tale misura, in ragione dell'allarme sociale dei reati per cui risulta in custodia cautelare o sia stata condannata – si pensi ai delitti previsti dall'art. 4-*bis* O.P. –, la legge prevede la detenzione in un istituto a custodia attenuata ovvero in una casa famiglia protetta.

3. *Le ipotesi* de jure condendo

Diversamente dalla limitata disciplina del decreto legge di cui si è detto, l'iniziativa più significativa, in quanto più efficace sul piano operativo e soprattutto più organica perché destinata a contribuire ad una nuova sistematica della esecuzione della condanna, è la complessa disciplina prefigurata nel disegno di legge approvato dal Governo nella seduta del 16 dicembre 2011 del Consiglio dei Ministri e inviato all'esame di Parlamento italiano.

---

[8] Legge 21 aprile 2011 n. 62 "*Disposizioni in tema di detenute madri*", in *G.U.* 5 maggio 2011, n. 103.

Il provvedimento fa leva contemporaneamente su tre percorsi paralleli posti a perseguire il medesimo obiettivo: a) un'ampia opera di depenalizzazione e di trasformazione in illecito amministrativo dei reati puniti con la sola pena pecuniaria; b) la sospensione del procedimento penale ordinario con la messa alla prova; c) la previsione di nuove pene detentive non carcerarie.

Il più significativo tra quelli indicati è certamente l'istituto della **messa alla prova** per gli adulti e già lungamente testato con successo nell'ambito del procedimento penale previsto per i soggetti minori di età, disciplinato dall'art. 28 del D.P.R. n. 448/1988 [9]. L'istituto della messa alla prova prevede l'intervento anche degli Uffici locali per l'esecuzione penale esterna e la possibilità dell'intervento di altre Istituzioni sul territorio per lo svolgimento di lavori di pubblica utilità cui indirizzare gli imputati ai quali venga concessa la misura. L'esito favorevole sarà sancito con la sentenza che dichiarerà l'avvenuta estinzione del reato.

Anche l'introduzione di **pene detentive non carcerarie** si pone in linea di continuità con ipotesi analoghe previste nel nostro ordinamento penale dalla legge istitutiva del Giudice di Pace che può ricorrere alla pena della permanenza domiciliare o dei lavori di pubblica utilità [10].

Accanto a questi interventi che incidono sul versante di una possibile diversa modalità afflittiva della sanzione penale, il legislatore si è anche preoccupato di riaffermare con forza il rispetto dei diritti fondamentali della persona detenuta, nel solco della sentenza della Corte Cost. n. 26/1999 [11] e soprattutto in ossequio alle sollecitazione espresse dalla sede europea. Viene varata, infatti, la "*Carta dei diritti e dei doveri del detenuto*" che sarà fornita a tutti coloro che faranno ingresso in carcere, anche sulla scorta dell'ampio contenuto della Circolare n. 3594/6044 adottata dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia in data 24 novembre 2011 e avente come oggetto: «*Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione*».

Le numerose iniziative, nonostante la difficile situazione in cui versa lo stato del sistema penitenziario italiano, intendono ancora una volta armonizzare il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana detenuta con l'azione istituzionale di tutela della collettività dal crimine.

---

[9] Il ricorso all'istituto della messa alla prova con effetti estintivi del reato, in chiave deflattiva del carico giudiziario e penitenziario, era già stato oggetto del c.d. "disegno di legge Mastella" approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 aprile 2007.

[10] Si veda la disciplina dell'art. 33 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 istitutiva del Giudice di Pace in materia penale. Peraltro, la natura detentiva delle pene previste all'art. 33 è stata definitivamente stabilita da Corte Cost., sent. 28 aprile 2010, n. 157 in *www.cortecostituzionale.it*.

[11] Corte Cost., sent. 8 febbraio 1999, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*.

APPENDICE NORMATIVA

Testo degli artt. 4-*bis* e 41-*bis* O.P. vigente come risulta integrato dalla Legge n. 94/2009

Art. 4-*bis*. *Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti.* – 1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'articolo 416-*bis* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies*, e 630 del codice penale, all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni.

1-*bis*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.

1-*ter*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, secondo e terzo comma, 600-*ter*, terzo comma, 600-*quinquies*, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'articolo 291-*ter* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente

della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

1-*quater*. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'articolo 609-*bis* del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata.

2. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

2-*bis*. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1-*ter*, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni.

3. Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali.

3-*bis*. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3.

Art. 41-*bis*. *Situazioni di emergenza*. – 1. In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro della giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata

dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto.

2. Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-*bis*.

2-*bis*. Il provvedimento emesso ai sensi del comma 2 è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze. Il provvedimento medesimo ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni. La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa.

2-*ter*. [Se anche prima della scadenza risultano venute meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga del provvedimento di cui al comma 2, il Ministro della giustizia procede, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato. Il provvedimento che non accoglie l'istanza presentata dal detenuto, dall'internato o dal difensore è reclamabile ai sensi dei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*. In caso di mancata adozione del provvedimento a seguito di istanza del detenuto, dell'internato o del difensore, la stessa si intende non accolta decorsi trenta giorni dalla sua presentazione].

2-*quater*. I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della poli-

zia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2: a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate; b) la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell'articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui cono comunque videoregistrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia; f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

2-*quinquies*. Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il procedimento applicativo. Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

2-*sexies*. Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-*quinquies*, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento. All'udienza le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte da un rappresentante dell'ufficio del procuratore della Re-

pubblica di cui al comma 2-*bis* o del procuratore nazionale antimafia. Il procuratore nazionale antimafia, il procuratore di cui al comma 2-*bis*, il procuratore generale presso la corte d'appello, il detenuto, l'internato o il difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento ed è trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione. Se il reclamo viene accolto, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo.

2-*septies*. Per la partecipazione del detenuto o dell'internato all'udienza si applicano le disposizioni di cui all'articolo 146-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

LEGGE 26 novembre 2010, n. 199 – *Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno*

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga

la seguente legge:

Art. 1. *Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi*. – 1. Fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013, la pena detentiva non superiore a dodici mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato «domicilio».

2. La detenzione presso il domicilio non è applicabile:

a) ai soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni;

b) ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale;

c) ai detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-*ter* della medesima legge;

d) quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato.

3. Nei casi di cui all'articolo 656, comma 1, del codice di procedura penale, quando la pena detentiva da eseguire non è superiore a dodici mesi, il pubblico ministero, salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato articolo 656 del codice di procedura penale e salvo che ricorrano i casi previsti nel comma 9, lettera a), del medesimo articolo, sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio. La richiesta è corredata di un verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, nonché, se il condannato è sottoposto a un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, della documentazione di cui all'articolo 94, comma 1, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

4. Se il condannato è già detenuto, la pena detentiva non superiore a dodici me-

si, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita nei luoghi di cui al comma 1. Nei casi di cui all'articolo 656, comma 9, lettera b), del codice di procedura penale, non è consentita la sospensione dell'esecuzione della pena e il pubblico ministero o le altre parti fanno richiesta, per l'applicazione della misura, al magistrato di sorveglianza, secondo il disposto di cui al comma 5 del presente articolo. In ogni caso, la direzione dell'istituto penitenziario, anche a seguito di richiesta del detenuto o del suo difensore, trasmette al magistrato di sorveglianza una relazione sulla condotta tenuta durante la detenzione. La relazione è corredata di un verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, nonché, se il condannato è sottoposto ad un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, della documentazione di cui all'articolo 94, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

5. Il magistrato di sorveglianza provvede ai sensi dell'articolo 69-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, ma il termine di cui al comma 2 del predetto articolo è ridotto a cinque giorni.

6. Copia del provvedimento che dispone l'esecuzione della pena presso il domicilio è trasmessa senza ritardo al pubblico ministero nonché all'ufficio locale dell'esecuzione penale esterna per gli interventi di sostegno e controllo. L'ufficio locale dell'esecuzione penale esterna segnala ogni evento rilevante sull'esecuzione della pena e trasmette relazione trimestrale e conclusiva.

7. Nel caso di condannato tossicodipendente o alcoldipendente sottoposto ad un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi, la pena di cui al comma 1 può essere eseguita presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata accreditata ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. In ogni caso, il magistrato di sorveglianza può imporre le prescrizioni e le forme di controllo necessarie per accertare che il tossicodipendente o l'alcoldipendente inizi immediatamente o prosegua il programma terapeutico. Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro della salute, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche antidroga e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, è determinato il contingente annuo dei posti disponibili, nei limiti del livello di risorse ordinario presso ciascuna regione finalizzato a tale tipologia di spesa, sulla base degli accrediti già in essere con il Servizio sanitario nazionale e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

8. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dagli articoli 47-*ter*, commi 4, 4-*bis*, 5, 6, 8, 9 e 9-*bis*, 51-*bis*, 58 e 58-*quater*, ad eccezione del comma 7-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché le relative norme di esecuzione contenute nel regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230. Nei casi previsti dagli articoli 47-*ter*, commi 4 e 4-*bis*, e 51-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, tuttavia, il provvedimento è adottato dal magistrato di sorveglianza.

Art. 2. *Modifiche all'articolo 385 del codice penale, in materia di evasione*. – 1. All'articolo 385 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, le parole: «da sei mesi ad un anno» sono sostituite dalle seguenti: «da uno a tre anni»;

b) al secondo comma: 1) le parole: «da uno a tre» sono sostituite dalle seguenti: «da due a cinque»; 2) la parola: «cinque» è sostituita dalla seguente: «sei».

Art. 3. *Circostanza aggravante*. – 1. All'articolo 61 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente numero:

«11-*quater*. l'avere il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere».

Art. 4. *Modifiche alla legge 23 dicembre 2009, n. 191, e al decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 443, concernenti il Corpo di polizia penitenziaria*. – 1. All'articolo 2, comma 215, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo le parole: «di cui al comma 213» sono inserite le seguenti: «nonché le maggiori entrate derivanti dall'attuazione del comma 212»;

b) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, ivi compreso l'adeguamento dell'organico del Corpo di polizia penitenziaria occorrente per fronteggiare la situazione emergenziale in atto. A tale ultimo fine e per assicurare, inoltre, la piena operatività dei relativi servizi, il Ministro della giustizia è autorizzato all'assunzione di personale nel ruolo degli agenti e degli assistenti del Corpo di polizia penitenziaria, nei limiti numerici consentiti dalle risorse derivanti dall'applicazione del comma 212».

2. All'articolo 2, comma 221, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, la parola: «, 212» è soppressa.

3. Al decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 443, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'articolo 6 è sostituito dal seguente: «Art. 6 (*Corsi per la nomina ad agente di polizia penitenziaria*). – 1. Gli allievi agenti del Corpo di polizia penitenziaria frequentano presso le scuole un corso di durata compresa tra sei e dodici mesi, diviso in due cicli. La durata del corso è stabilita, nei limiti anzidetti, con decreto del Ministro della giustizia.

2. Al termine del primo ciclo del corso, gli allievi che abbiano ottenuto giudizio globale di idoneità sulla base dei risultati conseguiti nelle materie di insegnamento e nelle prove pratiche e siano stati riconosciuti idonei al servizio di polizia penitenziaria sono nominati agenti in prova e vengono ammessi a frequentare il secondo ciclo, durante il quale sono sottoposti a selezione attitudinale per l'eventuale assegnazione a servizi che richiedano qualificazione.

3. Gli agenti in prova che abbiano superato gli esami teorico-pratici di fine corso e ottenuto conferma dell'idoneità al servizio di polizia penitenziaria sono nominati agenti di polizia penitenziaria. Essi prestano giuramento e sono immessi nel ruolo secondo la graduatoria finale.

4. Gli agenti in prova che non abbiano superato gli esami di fine corso, sempre che abbiano ottenuto giudizio di idoneità al servizio, sono ammessi a ripetere per non più di una volta il secondo ciclo. Al termine di quest'ultimo, sono ammessi nuovamente agli esami finali. Se l'esito è negativo, sono dimessi dal corso.

5. Gli allievi e gli agenti in prova, per tutta la durata del corso, non possono essere impiegati in servizi di istituto, tranne i servizi funzionali all'attività di formazione»;

b) all'articolo 7, comma 1, la lettera d) è sostituita dalla seguente: «d) gli allievi e gli allievi agenti in prova che per qualsiasi motivo, salvo che l'assenza sia determinata dall'adempimento di un dovere, siano stati assenti dal corso per un periodo stabilito con decreto del Ministro della giustizia, il quale deve comunque prevedere un periodo maggiore in caso di assenza determinata da infermità contratta durante il corso e, in quest'ultimo caso, la possibilità per l'allievo o l'agente in prova di essere ammesso a partecipare al primo corso successivo alla riacquistata idoneità psico-fisica;».

Art. 5. *Relazione alle Camere*. – 1. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della giustizia, sentiti i Ministri dell'interno e per la pubblica amministrazione e l'innovazione, riferisce alle competenti Commissioni parlamentari in merito alle necessità di adeguamento numerico e professionale della pianta organica del Corpo di polizia penitenziaria e del personale civile del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, anche in relazione all'entità numerica della popolazione carceraria e al numero dei posti esistenti e programmati nonché al numero dei condannati in esecuzione penale esterna.

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Data a Roma, addì 26 novembre 2010

NAPOLITANO
Berlusconi, Presidente del Consiglio dei Ministri
Alfano, Ministro della giustizia
Visto, il Guardasigilli: Alfano

LEGGE 21 aprile 2011, n. 62 – *Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori* (11G0105) (*G.U.* 5 maggo 2011, n. 103)

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga la seguente legge:

Art. 1. *Misure cautelari*. – 1. Il comma 4 dell'articolo 275 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente: «4. Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputato sia persona che ha superato l'età di settanta anni».

2. Al comma 1 dell'articolo 284 del codice di procedura penale sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «ovvero, ove istituita, da una casa famiglia protetta».

3. Dopo l'articolo 285 del codice di procedura penale è inserito il seguente: «Art. 285-*bis*. *Custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri*. – 1. Nelle ipotesi di cui all'articolo 275, comma 4, se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano».

4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano a far data dalla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque a decorrere dal 1° gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata.

Art. 2. *Visite al minore infermo*. – 1. Dopo l'articolo 21-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, è inserito il seguente: «Art. 21-*ter*. V*isite al minore infermo*. – 1. In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia.

2. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da

parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute».

Art. 3. *Detenzione domiciliare*. – 1. All'alinea del comma 1 dell'articolo 47-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, dopo le parole: «o accoglienza» sono inserite le seguenti: «ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette».

2. All'articolo 47-*quinquies* della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, secondo le modalità di cui al comma 1-*bis*»; b) dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-*bis*. Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite».

Art. 4. *Individuazione delle case famiglia protette*. – 1. Con decreto del Ministro della giustizia, da adottare, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, d'intesa con la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, sono determinate le caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette previste dall'articolo 284 del codice di procedura penale e dagli articoli 47-*ter* e 47-*quinquies* della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati, rispettivamente, dagli articoli 1, comma 2, e 3 della presente legge.

2. Il Ministro della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, può stipulare con gli enti locali convenzioni volte ad individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette.

Art. 5. *Copertura finanziaria*. – 1. Agli oneri derivanti dalla realizzazione di istituti di custodia attenuata di cui all'articolo 285-*bis* del codice di procedura penale, introdotto dall'articolo 1, comma 3, della presente legge, pari a 11,7 milioni di euro, si provvede a valere sulle disponibilità di cui all'articolo 2, comma 219, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, compatibilmente con gli effetti stimati in termini di indebitamento netto.

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Data a Roma, addì 21 aprile 2011

NAPOLITANO
Berlusconi, Presidente del Consiglio dei Ministri
Visto, il Guardasigilli: Alfano

DECRETO-LEGGE 22 dicembre 2011, n. 211. – *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri (G.U. 22 dicembre 2011, n. 297)*

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 77 e 87 della Costituzione;

Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario e di limitare le attività di traduzione delle persone detenute da parte delle forze di polizia;

Ritenuta pertanto la necessità ed urgenza di introdurre modifiche alle norme del codice di procedura penale relative al giudizio direttissimo innanzi al tribunale in composizione monocratica e al luogo di svolgimento dell'udienza di convalida e dell'interrogatorio delle persone detenute;

Ritenuta altresì la necessità ed urgenza di innalzare il limite di pena per l'applicazione della detenzione presso il domicilio;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella **riunione del 16 dicembre 2011**;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri dell'interno e della difesa;

Emana il seguente decreto-legge:

Art. 1. *Modifiche al codice di procedura penale.* – 1. All'articolo 558 del codice di procedura penale, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 4 è sostituito dal seguente: «4. Se il pubblico ministero ordina che l'arrestato in flagranza sia posto a sua disposizione, lo può presentare direttamente all'udienza, in stato di arresto, per la convalida e il contestuale giudizio, entro quarantotto ore dall'arresto. Si applicano al giudizio di convalida le disposizioni dell'art. 391, in quanto compatibili.»; b) dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: «4-*bis*. Nei casi di cui ai commi 2 e 4, l'arrestato non può essere condotto nella casa circondariale del luogo dove l'arresto è stato eseguito, né presso altra casa circondariale, salvo che il pubblico ministero non lo disponga, con decreto motivato, per la mancanza o indisponibilità di altri idonei luoghi di custodia nel circondario in cui è stato eseguito l'arresto, per motivi di salute della persona arrestata o per altre specifiche ragioni di necessità.».

Art. 2. *Modifiche al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.* – 1. Alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, sono apportate le seguenti modificazioni: a) l'articolo 123 è sostituito dal seguente: «Art. 123. *Luogo di svolgimento dell'udienza di convalida e dell'interrogatorio del detenuto.* – 1. Salvo quanto previsto dall'art. 121, nonché dagli artt. 449 comma 1 e 558 del codice, l'udienza di

convalida si svolge nel luogo dove l'arrestato o il fermato è custodito. Nel medesimo luogo si svolge l'interrogatorio della persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione. Tuttavia, quando sussistono eccezionali motivi di necessità o di urgenza il giudice con decreto motivato può disporre il trasferimento dell'arrestato, del fermato o del detenuto per la comparizione davanti a sé.». b) dopo l'art. 123, è inserito il seguente: «Art. 123-*bis*. *Custodia dell'arrestato*. – 1. Nei casi previsti nell'art. 558 del codice, l'arrestato viene custodito dagli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria presso le camere di sicurezza del circondario in cui è stato eseguito l'arresto. Il pubblico ministero può disporre che l'arrestato venga condotto nella casa circondariale del luogo dove l'arresto è stato eseguito, o presso altra casa circondariale, anche quando gli ufficiali e agenti che hanno eseguito l'arresto rappresentino la pericolosità della persona arrestata o l'incompatibilità della stessa con la permanenza nelle camere di sicurezza ovvero altre ragioni che impediscano l'utilizzo di esse.».

2. Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 giugno di ciascun anno, è individuata la quota di risorse da trasferire dallo stato di previsione del Ministero della giustizia allo stato di previsione del Ministero dell'interno ai fini del ristoro delle spese sostenute in applicazione degli articoli 1 e 2 del presente decreto.

Art. 3. *Modifiche alla legge 26 novembre 2010 n. 199*. – 1. All'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, nella rubrica e nel comma 1, la parola: «dodici» è sostituita dalla seguente: «diciotto».

Art. 4. *Integrazione delle risorse finanziarie per il potenziamento, la ristrutturazione e la messa a norma delle strutture carcerarie*. – 1. Al fine di contrastare il sovrappopolamento degli istituti presenti sul territorio nazionale, per l'anno 2011, è autorizzata la spesa di euro 57.277.063 per le esigenze connesse all'adeguamento, potenziamento e alla messa a norma delle infrastrutture penitenziarie.

2. Agli oneri derivanti dal comma 1 si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 47, secondo comma, della legge 20 maggio 1985, n. 222, relativamente alla quota destinata allo Stato dell'otto per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche.

Art. 5. *Copertura finanziaria*. – 1. All'attuazione delle disposizioni del presente decreto, con esclusione dell'articolo 4, si provvede mediante l'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato.

2. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a provvedere, con propri decreti, alle occorrenti variazioni di bilancio per l'attuazione del presente decreto.

Art. 6. *Entrata in vigore*. – 1. Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.